ความผิดทางอาญาว่าด้วยการใช้เทคโนโลยีเพื่อหลีกเลี่ยงเทคโนโลยีการป้องกันการละเมิดลิขสิทธิ์

นางสาวชมเพลิน ภุชฌงค์

วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต
สาขาวิชานิติศาสตร์
คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
ปีการศึกษา 2551
ลิขสิทธิ์ของจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

THE OFFENCES OF CIRCUMVENT TECHNOLOGICAL MEASURES

Miss Chomphloen Phutchong

A Thesis Submitted in Partial Fulfillment of the Requirements

for the Degree of Master of Laws Program in Laws

Faculty of Law

Chulalongkorn University

Academic Year 2008

Copyright of Chulalongkorn University

หัวข้อวิทยานิพนธ์	ความผิดทางอาญาว่าด้วยการใช้เทคโนโลยีเพื่อหลีกเลี่ยงเทคโนโลยีการป้องกันการละเมิดลิขสิทธิ์
โดย	นางสาวชมเพลิน ภุชฌงค์
สาขาวิชา	นิติศาสตร์
อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก	รองศาสตราจารย์ ดร.อภิรัตน์ เพ็ชรศิริ

คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย อนุมัติให้นับวิทยานิพนธ์ฉบับนี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญามหาบัณฑิต

..... คณบดีคณะนิติศาสตร์

(รองศาสตราจารย์ธิติพันธุ์ เชื้อบุญชัย)

คณะกรรมการสอบวิทยานิพนธ์

..... ประธานกรรมการ

(ศาสตราจารย์วีระพงษ์ บุญโญภาส)

..... อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก

(รองศาสตราจารย์ ดร.อภิรัตน์ เพ็ชรศิริ)

..... กรรมการภายนอกมหาวิทยาลัย

(รองศาสตราจารย์ ดร.ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ)

..... กรรมการ

(ผู้ช่วยศาสตราจารย์อิทธิพล ศรีเสาวลักษณ์)

ชมเพลิน ภุชฌงค์ : ความผิดทางอาญาว่าด้วยการใช้เทคโนโลยีเพื่อหลีกเลี่ยงเทคโนโลยีการป้องกันการละเมิดลิขสิทธิ์. (The Offences of Circumvent Technological Measures) อ.ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก : รศ.ดร.อภิรัตน์ เพ็ชรศิริ , 142 หน้า.

การวิจัยครั้งนี้มุ่งที่จะศึกษาความผิดอาญาว่าด้วยการใช้เทคโนโลยีเพื่อหลีกเลี่ยงเทคโนโลยีป้องกันการละเมิดลิขสิทธิ์เพื่อหาคำตอบว่าควรบัญญัติให้การหลีกเลี่ยงเทคโนโลยีป้องกันการละเมิดลิขสิทธิ์หรือที่เรียกว่ามาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีนั้นเป็นความผิดตามกฎหมายไทยหรือไม่ และหากต้องบัญญัติให้การกระทำดังกล่าวเป็นความผิดตามกฎหมายไทยแล้ว ควรจะมีแนวทางเช่นไรจึงจะเหมาะสม

ในการศึกษาวิจัยครั้งนี้ผู้เขียนได้ศึกษาและวิเคราะห์ข้อมูลจากตัวบทกฎหมายของประเทศต่างๆ ที่ได้บัญญัติความผิดในการหลีกเลี่ยงมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยี คำพิพากษา ตำรากฎหมาย บทความตลอดจนแนวคิดของนักกฎหมายทั้งของประเทศไทยและต่างประเทศ โดยผลการวิจัยพบว่าควรบัญญัติให้การหลีกเลี่ยงมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีเป็นความผิดตามกฎหมายไทย ซึ่งปัจจุบันประเทศไทยไม่มีบทบัญญัติเฉพาะที่จะนำมาบังคับใช้กับการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยี แม้บทบัญญัติที่มีอยู่จะสามารถนำมาปรับใช้ได้แต่มีความไม่เหมาะสม

จากการศึกษานำไปสู่ข้อสรุปที่ว่าแนวทางที่เหมาะสมของประเทศไทยหากต้องบัญญัติให้การหลีกเลี่ยงมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีเป็นความผิดควรจะเป็นเช่นไร โดยผู้เขียนได้ให้ข้อเสนอว่ากรณีการหลีกเลี่ยงมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีโดยตรงควรห้ามเฉพาะการหลีกเลี่ยงมาตรการควบคุมการเข้าถึง ส่วนการกระทำอันเป็นการตระเตรียมการเพื่อหลีกเลี่ยงมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีนั้นควรห้ามทั้งการหลีกเลี่ยงมาตรการควบคุมการทำซ้ำและมาตรการควบคุมการเข้าถึง อีกทั้งมาตรการทางเทคโนโลยีที่ให้ความคุ้มครองต้องเป็นมาตรการทางเทคโนโลยีที่มีประสิทธิภาพ และเป็นมาตรการทางเทคโนโลยีที่ใช้เพื่อป้องกันการละเมิดลิขสิทธิ์เท่านั้น โดยบทบัญญัติดังกล่าวควรบัญญัติเพิ่มเติมไว้ในพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์

สาขาวิชา นิติศาสตร์ ลายมือชื่อนิสิต.....ชมเพลิน ภุชฌงค์.....

ปีการศึกษา 2551 ลายมือชื่อ อ.ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก.....

4886224334 : MAJOR LAWS

KEYWORDS: CIRCUMVENTION / TECHNOLOGICAL PROTECTION MEASURES.

CHOMPHLOEN PHUTCHONG : THE OFFENCES OF CIRCUMVENT TECHNOLOGICAL MEASURES. THESIS ADVISOR : ASSOC,PROF, APIRAT PETCHSIRI,Ph.D., 142 pp.

The purposes of this research are to study the offence of using technologies to avoid copyright protection technologies, in order to find the answer whether such practices should be counted as offence in Thai legislation, and if so, what direction should be the most appropriate.

In this research, information of lawsuits in various countries where avoidance of technological protection measures on copyright is offence, also those verdicts, lawsuits, documents, opinions from both local and foreign lawyers are collected to be studied and analyzed. The result of such studied suggests that avoidance of technological protection measures on copyright should be counted as an offence in Thai law, of which currently has no specific regulations to control it. Though it is possible to adjust some existing ones but not appropriate enough.

The studying leads to the recommendation on guidelines for Thai law if copyright technological protection measures avoidance is to be made offence. The author suggests that only circumvention of access control should be prohibited for the case of direct act of circumvention but for the activities of preparation to circumvention technological protection measures, both copy control and access control should be prohibited. The technological protection measures used should be an effective ones and used for copyright protection only. Those regulations should be attached within the copyright law.

Field of study .....LAWS..... Student's signature.....Chomphloen P.....

Academic year .....2008..... Advisor's signature.....

กิตติกรรมประกาศ

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้จะไม่สามารถสำเร็จลุล่วงไปได้หากปราศจากความช่วยเหลือของบุคคลทั้งหลายดังต่อไปนี้

ท่านรองศาสตราจารย์ ดร.อภิรัตน์ เพ็ชรศิริ อาจารย์ที่ปรึกษาในการทำวิทยานิพนธ์ เริ่มตั้งแต่การช่วยเลือกเรื่องที่เหมาะสมในการทำวิทยานิพนธ์ ให้คำปรึกษาในการเขียนแต่ละบทจนสำเร็จเป็นเล่มสมบูรณ์

ท่านศาสตราจารย์วีระพงษ์ บุญโญภาส ประธานกรรมการในการสอบวิทยานิพนธ์ ท่านรองศาสตราจารย์ ดร.ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ และท่านผู้ช่วยศาสตราจารย์อิทธิพล ศรีเสาวลักษณ์ กรรมการในการสอบวิทยานิพนธ์ ซึ่งได้ให้แนวทางที่ชัดเจนเมื่อครั้งสอบเค้าโครงวิทยานิพนธ์จนทำให้ผู้เขียนสามารถเขียนวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จนสำเร็จเป็นเล่มได้ อีกทั้งยังยอมสละเวลามาเป็นกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ให้แก่ผู้เขียน

ขอขอบพระคุณคณาจารย์คณะนิติศาสตร์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัยทุกท่านที่ได้ประสิทธิประสาทความรู้ตั้งแต่ชั้นปริญญาตรี จนกระทั่งถึงชั้นปริญญาโท ให้ผู้เขียนมีความรู้ความสามารถจนเขียนวิทยานิพนธ์เล่มนี้ให้สำเร็จลุล่วงได้

ท้ายที่สุดผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณบิดา มารดา และคุณอา ผู้ซึ่งให้การสนับสนุนการศึกษาชั้นปริญญาโทของผู้เขียนอย่างเต็มที่ทั้งในด้านการเงิน ตลอดจนความห่วงใยผู้เขียนมาโดยตลอด

ความดีส่วนใดที่ได้เกิดจากเนื้อหาวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ผู้เขียนขอมอบให้แก่บุคคลที่กล่าวถึงข้างต้นทุกคน ส่วนข้อบกพร่องประการใดที่ได้เกิดมีขึ้นนั้นผู้เขียนขอน้อมรับไว้แต่ผู้เดียว

สารบัญ

หน้า

บทคัดย่อภาษาไทย ..... ง
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ ..... จ
กิตติกรรมประกาศ ..... ฉ
สารบัญ ..... ช

บทที่1 บทนำ 1
1. ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา 1
1.2 วัตถุประสงค์ของการวิจัย 3
1.3 สมมติฐานของการศึกษา 4
1.4 ขอบเขตการวิจัย 4
1.5 วิธีดำเนินการวิจัย 4
1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ 5

บทที่ 2 การใช้เทคโนโลยีเพื่อหลีกเลี่ยงเทคโนโลยีป้องกันการละเมิดลิขสิทธิ์ 6
2.1 การใช้เทคโนโลยีเพื่อป้องกันการละเมิดลิขสิทธิ์ 6
2.1.1 ความหมายของการใช้เทคโนโลยีเพื่อป้องกันการละเมิดลิขสิทธิ์ 6
2.1.2 ความหมายและรูปแบบของมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยี 7
2.1.2.1 ความหมายของมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยี 7
2.1.2.2 รูปแบบของมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยี 9
2.1.3 ข้อดีและข้อเสียของมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยี 12
2.1.3.1 ข้อดีของมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยี 12
2.1.3.2 ข้อเสียของมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยี 20
2.2 การกระทำอันเป็นการหลีกเลี่ยงมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยี 21
2.2.1 ความหมายของการหลีกเลี่ยงมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยี 22
2.2.2 ลักษณะของการหลีกเลี่ยงมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยี 23
2.2.2.1 การหลีกเลี่ยงมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีโดยตรง 24
(1) การถอดสัญญาณ 24

หน้า

(2) การถอดรหัส 25
(3) การกระทำแบบอื่น 25
2.2.2.2 การกระทำอันเป็นการตระเตรียมการ 26
2.3 การป้องกันการกระทำอันเป็นการหลีกเลี่ยงมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยี 28
2.4 ความจำเป็นในการบัญญัติให้การหลีกเลี่ยงมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีเป็นความผิด 34
2.4.1 วิวัฒนาการของการใช้กฎหมายเพื่อคุ้มครองงานอันมีลิขสิทธิ์ 34
2.4.2 ทฤษฎีทางอาญาในการกำหนดความผิดเกี่ยวกับการหลีกเลี่ยงมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยี 37
2.4.2.1 ทฤษฎีว่าด้วยวัตถุประสงค์ของการลงโทษทางอาญา 38
2.4.2.2 ทฤษฎีว่าด้วยการกำหนดความผิดอาญา 39
2.4.3 เหตุผลและความจำเป็นในการกำหนดให้การหลีกเลี่ยงมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีเป็นความผิด 41
2.4.3.1 เหตุผลเกี่ยวกับความเจริญก้าวหน้าทางเทคโนโลยี 41
2.4.3.2 เหตุผลและความจำเป็นในทางระหว่างประเทศ 43
2.4.3.3 เหตุผลและความจำเป็นภายในประเทศ 45
(1) การสูญเสียรายได้ของเจ้าของลิขสิทธิ์ 45
(2) การสูญเสียรายได้ของประเทศชาติ 48
(3) ความเจริญก้าวหน้าทางด้านวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยี 49

บทที่ 3 กฎหมายต่างประเทศว่าด้วยการกระทำอันเป็นการหลีกเลี่ยงมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยี 51
3.1 ขอบเขตของมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยี 52
3.1.1 มาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีที่กฎหมายให้ความคุ้มครอง 53

3.1.1.1 กลุ่มที่ให้ความคุ้มครองแตกต่างกันระหว่างมาตรการควบคุมการทำซ้ำและมาตรการควบคุมการเข้าถึง 54
(1) กฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา 54
(2) กฎหมายของประเทศเดนมาร์ค 56
3.1.1.2 กลุ่มที่ให้ความคุ้มครองไม่แตกต่างกันระหว่างมาตรการควบคุมการทำซ้ำและมาตรการควบคุมการเข้าถึง 57
(1) กฎหมายของสหภาพยุโรป 58
(2) กฎหมายของออสเตรเลีย 59
(3) กฎหมายของประเทศญี่ปุ่น 60
3.1.1.3 วิเคราะห์แนวทางในการให้ความคุ้มครองแก่มาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีของต่างประเทศ 61
3.1.2 ระดับของมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีที่กฎหมายให้ความคุ้มครอง 62
3.1.2.1 กลุ่มที่ให้ความคุ้มครองแก่มาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีที่มีประสิทธิภาพเท่านั้น. 63
3.1.2.1.1 กลุ่มที่ไม่บัญญัติความหมายของความมีประสิทธิภาพ 63
(1) สนธิสัญญาลิขสิทธิ์ 64
(2) กฎหมายของประเทศเยอรมัน 64
3.1.2.1.2 กลุ่มที่บัญญัติความหมายของความมีประสิทธิภาพ 65
(1) กฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา 65
(2) กฎหมายของสหภาพยุโรป 66
(3) กฎหมายของประเทศอังกฤษ 67
(4) กฎหมายของประเทศเดนมาร์ค 68
(5) กฎหมายของประเทศเนเธอร์แลนด์ 68
(6) กฎหมายของประเทศฮังการี 69
(7) กฎหมายของประเทศออสเตรเลีย 69

3.1.2.2 กลุ่มที่ไม่กำหนดว่าต้องเป็นมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีที่มีประสิทธิภาพ 71
3.1.2.3 วิเคราะห์กรณีมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีที่มีประสิทธิภาพ 73
3.1.3 มาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีกับการกระทำอันเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ 73
3.1.3.1 กลุ่มที่ให้ความคุ้มครองเฉพาะมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีที่ป้องกันงานอันมีลิขสิทธิ์ 74
(1) กฎหมายของประเทศอังกฤษ 74
(2) กฎหมายของประเทศเยอรมัน 75
3.1.3.2 กลุ่มที่ให้ความคุ้มครองเฉพาะมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีที่ป้องกันการละเมิดลิขสิทธิ์ 75
(1) กฎหมายของประเทศฮังการี 76
(2) กฎหมายของประเทศออสเตรเลีย 76
(3) กฎหมายของประเทศญี่ปุ่น 77
3.1.3.3 กลุ่มที่ไม่กำหนดเฉพาะมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีที่ป้องกันงานอันมีลิขสิทธิ์หรือป้องกันการละเมิดลิขสิทธิ์ 77
(1) สนธิสัญญาลิขสิทธิ์ 77
(2) กฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา 78
(3) กฎหมายของสหภาพยุโรป 79
(4) กฎหมายของประเทศเดนมาร์ค 79
(5) กฎหมายของประเทศเนเธอร์แลนด์ 80
3.1.3.4 วิเคราะห์มาตรการทางเทคโนโลยีกับการละเมิดลิขสิทธิ์ 81
3.2 การกระทำอันเป็นการหลีกเลี่ยงมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยี 82
3.2.1 กลุ่มที่กำหนดให้การกระทำอันเป็นการหลีกเลี่ยงมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีโดยตรงเท่านั้นที่ต้องห้าม 83

3.2.2 กลุ่มที่กำหนดให้การกระทำอันเป็นการตระเตรียมการเท่านั้นที่ต้องห้ามตามกฎหมาย 84
(1) กฎหมายของประเทศออสเตรเลีย 84
(2) กฎหมายของประเทศญี่ปุ่น 84
3.2.3 กลุ่มที่กำหนดให้ทั้งการกระทำอันเป็นการหลีกเลี่ยงมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีโดยตรงและการกระทำอันเป็นการตระเตรียมการต้องห้ามตามกฎหมาย. 85
(1) กฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา 86
(2) กฎหมายของสหภาพยุโรป 88
(3) กฎหมายของประเทศอังกฤษ 89
(4) กฎหมายของประเทศเดนมาร์ค 90
(5) กฎหมายของประเทศกรีซ 92
(6) ข้อตกลงเขตการค้าเสรีระหว่างประเทศออสเตรเลียกับสหรัฐอเมริกา 92
3.2.4 วิเคราะห์การกระทำอันเป็นการหลีกเลี่ยงมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยี 93
3.3 บทบัญญัติยกเว้นความผิดจากการกระทำอันเป็นการหลีกเลี่ยงมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยี 95
3.3.1 ข้อยกเว้นตามสนธิสัญญาลิขสิทธิ์ 95
3.3.2 ข้อยกเว้นตามกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา 96
3.3.2.1 ข้อยกเว้นเพื่อการศึกษาค้นคว้าวิจัย 96
3.3.2.2 ข้อยกเว้นกรณีเป็นการกระทำของรัฐ 97
3.3.2.3 ข้อยกเว้นเพื่อป้องกันสิทธิของผู้เยาว์ 97
3.3.2.4 ข้อยกเว้นเพื่อคุ้มครองข้อมูลระบุตัวบุคคล 97
3.3.2.5 ข้อยกเว้นเพื่อการทดสอบความปลอดภัย 98
3.3.3 ข้อยกเว้นตามกฎหมายของสหภาพยุโรป 98
3.3.3.1 ข้อยกเว้นเพื่อนโยบายสาธารณะ 99
3.3.3.2 ข้อยกเว้นเพื่อการทำซ้ำส่วนตัว 100

3.3.4 ข้อยกเว้นตามกฎหมายของประเทศอังกฤษ 101
3.3.5 ข้อยกเว้นตามกฎหมายของประเทศออสเตรเลีย 102
3.3.6 ข้อยกเว้นตามกฎหมายของประเทศญี่ปุ่น 103
3.4 มาตรการลงโทษทางอาญา 104
3.4.1 กฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา 104
3.4.2 กฎหมายลิขสิทธิ์ของสหภาพยุโรป 104
3.4.3 กฎหมายของประเทศอังกฤษ 105
3.4.4 กฎหมายของประเทศเยอรมัน 106
3.4.5 กฎหมายของประเทศเดนมาร์ค 107
3.4.6 กฎหมายของประเทศกรีซ 108
3.4.7 กฎหมายของประเทศญี่ปุ่น 109

บทที่ 4 กฎหมายทางอาญาของประเทศไทยว่าด้วยการหลีกเลี่ยงมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยี 111
4.1 กฎหมายทางอาญาของประเทศไทยที่สามารถปรับใช้แก่การกระทำอันเป็นการหลีกเลี่ยงมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยี 111
4.1.1 กรณีการหลีกเลี่ยงมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีโดยตรง 111
4.1.1.1 พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 112
4.1.1.2 พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 114
4.1.2 กรณีการกระทำอันเป็นการตระเตรียมการเพื่อหลีกเลี่ยงมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยี 119
4.1.2.1 พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 120
4.1.2.2 พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 121
4.2 การบัญญัติความผิดในการหลีกเลี่ยงมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีเป็นความผิดตามกฎหมายไทย 124

4.2.1 การหลีกเลี่ยงมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีโดยตรง 124
4.2.1.1 การหลีกเลี่ยงมาตรการควบคุมการทำซ้ำ 124
4.2.1.2 การหลีกเลี่ยงมาตรการควบคุมการเข้าถึง 125
4.2.2 การกระทำอันเป็นการตระเตรียมการเพื่อหลีกเลี่ยงมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยี 127
4.2.2.1 การกระทำอันเป็นการตระเตรียมการตระเตรียมการเพื่อหลีกเลี่ยงมาตรการควบคุมการทำซ้ำ 127
4.2.2.2 การกระทำอันเป็นการตระเตรียมการเพื่อหลีกเลี่ยงมาตรการควบคุมการเข้าถึง 128
4.2.3 องค์ประกอบอื่นที่ควรบัญญัติไว้ในกฎหมายไทย 129
4.2.3.1 มาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีที่มีประสิทธิภาพ 129
4.2.3.2 การให้ความคุ้มครองมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีที่ป้องกันการละเมิดลิขสิทธิ์ 130
4.2.3.3 การกระทำอันเป็นการหลีกเลี่ยงมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีที่ต้องห้ามตามกฎหมาย 130
4.2.3.4 บทบัญญัติกฎหมายที่ควรบัญญัติฐานความผิดในการหลีกเลี่ยงมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยี 131

บทที่ 5 บทสรุปและข้อเสนอแนะ 132
รายการอ้างอิง 137
ประวัติผู้เขียนวิทยานิพนธ์ 142

สารบัญตาราง

ตารางที่ หน้า

ตารางที่ 2.1 ตารางแสดงสถิติจำนวนการจดแจ้งลิขสิทธิ์ ตั้งแต่ พ.ศ. 2540 – พ.ศ. 2550 47
ตารางที่ 3.1 ตารางเปรียบเทียบชนิดของมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีที่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายของต่างประเทศ 61
ตารางที่ 3.2 ตารางเปรียบเทียบระดับของมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีที่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายต่างประเทศ 72
ตารางที่ 3.3 ตารางเปรียบเทียบมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีกับการป้องกันการละเมิดลิขสิทธิ์ 81
ตารางที่ 4.1 ตารางแสดงการกระทำอันเป็นการหลีกเลี่ยงมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีที่เป็นความผิดตามกฎหมายไทย 123

บทที่ 1
บทนำ

1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

ปัจจุบันการละเมิดลิขสิทธิ์มีอัตราเพิ่มสูงขึ้นในทั่วทุกภูมิภาคของโลก สาเหตุสำคัญเนื่องมาจากผลตอบแทนของการกระทำความผิดดังกล่าวมีมูลค่าสูง ทั้งนี้เพราะธุรกิจผิดกฎหมายที่เกี่ยวกับการละเมิดลิขสิทธิ์นั้นอาศัยการลงทุนไม่มากและมีความเสี่ยงต่ำ เนื่องด้วยเทคโนโลยีที่ทันสมัยทำให้การละเมิดลิขสิทธิ์สามารถกระทำได้โดยง่าย เมื่อเทียบกับการกระทำความผิดด้านอื่น เช่น การผลิตยาเสพติด พบว่าการผลิตยาเสพติดอาจต้องใช้พื้นที่ในลักษณะโรงงาน และต้องใช้แรงงานจำนวนมาก ต่างจากการผลิตสินค้าละเมิดลิขสิทธิ์ที่ไม่ต้องใช้พื้นที่เป็นโรงงานขนาดใหญ่ บางครั้งอาจกระทำได้โดยบุคคลเพียงคนเดียวและมีอุปกรณ์เป็นคอมพิวเตอร์เครื่องเดียวก็สามารถผลิตสินค้าละเมิดลิขสิทธิ์ได้เป็นจำนวนหลายร้อยชิ้น นอกจากนี้ การปราบปรามการกระทำความผิดฐานละมิดลิขสิทธิ์โดยใช้กฎหมายนั้นเป็นสิ่งที่กระทำได้ยาก เนื่องจากการกระทำความผิดรูปแบบนี้กระทำในที่ลับ เครื่องมือหรืออุปกรณ์ที่ใช้กระทำความผิดอาจเป็นเพียงอุปกรณ์ที่มีใช้กันอยู่ทั่วๆ ไป เช่นเครื่องคอมพิวเตอร์ แตกต่างจากการผลิตยาเสพติดที่จะต้องใช้เครื่องผลิตโดยเฉพาะ ผู้กระทำความผิดจึงยินยอมที่จะเสี่ยงกระทำความผิด เพราะผลตอบแทนที่ได้รับคุ้มค่าเมื่อเทียบกับความเสี่ยงเพียงน้อยนิดที่จะถูกจับกุม เมื่อการจับกุมและปราบปรามเป็นไปได้ยากมาตรการทางกฎหมายจึงไม่อาจมีผลในการข่มขู่ยับยั้งไม่ให้ผู้กระทำความผิดกระทำความผิดขึ้นอีกครั้ง หรือยับยั้งป้องกันไม่ให้บุคคลอื่นกระทำความผิดเลียนแบบได้ มาตรการทางกฎหมายจึงแทบจะไม่มีผลในเชิงป้องกันการกระทำความผิดเลย

เมื่อการใช้มาตรการทางกฎหมายในการป้องกันและปราบปรามการละเมิดลิขสิทธิ์เป็นสิ่งที่กระทำได้ยาก บรรดาเจ้าของลิขสิทธิ์จึงได้พยายามคิดค้นเทคโนโลยีต่างๆและนำมาใช้กับงานอันมีลิขสิทธิ์ของตนเพื่อป้องกันไม่ให้การละเมิดลิขสิทธิ์เกิดขึ้น ทั้งนี้ เทคโนโลยีดังกล่าวจะทำหน้าที่เป็นเครื่องมือป้องกันไม่ให้เกิดการละเมิดลิขสิทธิ์หรือทำให้การละเมิดลิขสิทธิ์ไม่สามารถกระทำได้โดยง่าย เป็นการนำมาตรการทางเทคโนโลยีมาใช้ควบคู่กับมาตรการทางกฎหมาย โดยมาตรการทางเทคโนโลยีจะทำหน้าที่เสมือนกลไกในการป้องกันไม่ให้เกิดการละเมิดลิขสิทธิ์ ส่วนมาตรการทางกฎหมายนั้นจะเป็นกลไกที่นำมาใช้เมื่อเกิดการกระทำความผิดขึ้นมาแล้ว

อย่างไรก็ตาม แม้มาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีจะทำให้การละเมิดลิขสิทธิ์เป็นไปโดยยากลำบากมากขึ้น แต่เนื่องจากผลตอบแทนของการละเมิดลิขสิทธิ์ซึ่งมีอัตราสูงเป็นตัวกระตุ้น ทำให้ผู้กระทำความผิดพยายามแสวงหาวิธีการต่างๆ ในการที่จะหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีนั้นๆ ให้ได้ โดยผู้กระทำความผิดได้คิดค้นเทคโนโลยีขึ้นมาและได้นำมาใช้ในการหลีกเลี่ยงมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีของเจ้าของลิขสิทธิ์ ประกอบกับความเจริญก้าวหน้าทางเทคโนโลยีทำให้การกระทำดังกล่าวนี้เป็นสิ่งที่ไม่ยากลำบากมากนัก การหลีกเลี่ยงมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อที่จะสามารถกระทำการอันเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์จึงเกิดขึ้นและมีการเผยแพร่ไปทั่วโลกด้วยวิธีการติดต่อสื่อสารทางอินเตอร์เน็ต ในที่สุดจึงนำไปสู่การเรียกร้องให้มีการใช้มาตรการทางกฎหมายมาให้ความคุ้มครองแก่มาตรการป้องกันทางเทคโนโลยี

สหรัฐอเมริกาเป็นประเทศเจ้าของลิขสิทธิ์รายใหญ่ของโลก ในแต่ละปีจะมีรายได้จำนวนมหาศาลจากสินค้าลิขสิทธิ์ การหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีจึงมีผลกระทบต่อสหรัฐอเมริกามากจนต้องดำเนินการผลักดันให้มีการบัญญัติกฎหมายคุ้มครองมาตรการทางเทคโนโลยีที่เจ้าของลิขสิทธิ์พัฒนาขึ้น การผลักดันดังกล่าวเกิดขึ้นในระดับเวทีระหว่างประเทศโดยการจัดให้มีการเจรจาในลักษณะของความตกลงแบบทวิภาคีที่เรียกว่าข้อตกลงจัดตั้งเขตการค้าเสรี (Free Trade Area หรือ FTA) ซึ่งข้อตกลงดังกล่าวนี้มีประเด็นในเรื่องการคุ้มครองมาตรการทางเทคโนโลยีผนวกอยู่ด้วย ดังนั้น ประเทศใดก็ตามที่ทำความตกลงจัดตั้งเขตการค้าเสรีกับสหรัฐอเมริกาจะต้องมีบทบัญญัติให้ความคุ้มครองมาตรการทางเทคโนโลยีเช่นเดียวกัน ปัจจุบัน หลายประเทศได้ทำความตกลงกับสหรัฐอเมริกาแล้ว และประเทศเหล่านั้นต่างก็บัญญัติกฎหมายให้ความคุ้มครองแก่มาตรการทางเทคโนโลยี

สำหรับมาตรการทางกฎหมายที่นำมาใช้กับการหลีกเลี่ยงเทคโนโลยีป้องกันการละเมิดลิขสิทธิ์นั้น มาตรการทางอาญาดูจะเป็นมาตรการที่สำคัญ ทั้งนี้เพราะส่วนใหญ่ต่างเห็นว่ามาตรการทางอาญา เช่น การจำคุก จะมีผลในทางข่มขู่ให้ผู้กระทำความผิดเกรงกลัวมากกว่ามาตรการทางแพ่ง อย่างไรก็ตาม เมื่อนำมาตรการทางอาญามาใช้ ในการบัญญัติกฎหมายจะต้องมีความระมัดระวังเป็นพิเศษ เนื่องจากกฎหมายที่มีโทษทางอาญานั้นจะส่งผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของผู้กระทำความผิดโดยตรง การบัญญัติกฎหมายอาญาใดๆ ควรจะต้องมีความระมัดระวังเป็นพิเศษ เพื่อไม่ให้เกิดผลร้ายแก่ผู้กระทำความผิดซึ่งจะขัดกับวัตถุประสงค์ของการลงโทษทางอาญาในปัจจุบันที่มุ่งแก้ไขฟื้นฟูตลอดจนสร้างจิตสำนึกให้แก่ผู้กระทำความผิด

ประเทศไทยเป็นประเทศหนึ่งเช่นเดียวกับอีกหลายประเทศทั่วโลกที่มีการหลีกเลี่ยงมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยี ทั้งนี้ ในอนาคตอันใกล้ประเทศไทยอาจต้องบัญญัติกฎหมายเพื่อให้ความคุ้มครองมาตรการทางเทคโนโลยี เนื่องจากประเทศไทยอาจต้องทำความตกลงระหว่างระหว่างประเทศทั้งในรูปแบบของสนธิสัญญาทวิภาคีและพหุภาคีที่มีเงื่อนไขกำหนดให้ประเทศภาคีสมาชิกต้องบัญญัติกฎหมายที่ให้ความคุ้มครองแก่มาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีด้วย อย่างไรก็ตาม ปัจจุบันกฎหมายของประเทศไทยยังไม่มีบทบัญญัติโดยเฉพาะในการให้ความคุ้มครองแก่การหลีกเลี่ยงมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีเหมือนดังเช่นในต่างประเทศ อย่างไรก็ตาม บทบัญญัติกฎหมายทางอาญาที่มีอยู่ในปัจจุบันอาจนำมาปรับใช้แก่การกระทำดังกล่าวได้ เช่น พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2538 และพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550

ด้วยเหตุนี้ จึงสมควรศึกษาว่าการกระทำความผิดในการหลีกเลี่ยงมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีที่เกิดขึ้นในประเทศไทยจะสามารถนำบทบัญญัติกฎหมายอาญาที่มีอยู่ในปัจจุบันมาปรับใช้ได้หรือไม่ และควรที่จะปรับใช้อย่างไร และการนำบทบัญญัติดังกล่าวมาปรับใช้นั้นมีความเหมาะสมหรือไม่ อีกทั้งหากประเทศไทยจะต้องบัญญัติฐานความผิดในการหลีกเลี่ยงมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีขึ้นมาใหม่ ควรจะบัญญัติเช่นไรจึงจะมีความเหมาะสม

1.2 <u>วัตถุประสงค์ของการศึกษา</u>

1. เพื่อให้ทราบถึงประวัติความเป็นมาและแนวคิดในการให้ความคุ้มครองเทคโนโลยีป้องกันการละเมิดลิขสิทธิ์ ความหมายและรูปแบบของเทคโนโลยีป้องกันการละเมิดลิขสิทธิ์ เหตุผลและความจำเป็นในการบัญญัติความผิดเกี่ยวกับการหลีกเลี่ยงเทคโนโลยีป้องกันการละเมิดลิขสิทธิ์ ตลอดจนทฤษฎีทางอาญาที่เกี่ยวข้องในการกำหนดความผิดเกี่ยวกับการหลีกเลี่ยงเทคโนโลยีป้องกันการละเมิดลิขสิทธิ์

2. เพื่อให้ทราบถึงกฎหมายต่างประเทศว่าด้วยการใช้เทคโนโลยีเพื่อหลีกเลี่ยงเทคโนโลยีป้องกันการละเมิดลิขสิทธิ์ ตลอดจนความแตกต่างของกฎหมายของประเทศเหล่านั้น

3. เพื่อให้ทราบถึงกฎหมายทางอาญาของประเทศไทยในปัจจุบันที่สามารถนำมาปรับใช้แก่การกระทำอันเป็นการหลีกเลี่ยงมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีได้

4. เพื่อให้ทราบถึงความเป็นไปได้และแนวทางที่เหมาะสมในการบัญญัติความฐานความผิดในการหลีกเลี่ยงมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีขึ้นใหม่ในประเทศไทย

1.3 สมมติฐานของการศึกษา

การละเมิดลิขสิทธิ์ก่อให้เกิดความเสียหายแก่เจ้าของลิขสิทธิ์และความเสียหายต่อประเทศ มาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีเป็นเครื่องมือที่เจ้าของลิขสิทธิ์นำมาใช้เพื่อป้องกันการละเมิดลิขสิทธิ์ การหลีกเลี่ยงมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีจึงก่อให้เกิดความเสียหาย เหตุนี้เพื่อป้องกันและปราบปรามการกระทำความผิดที่เกิดขึ้นจึงสมควรบัญญัติให้การหลีกเลี่ยงมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีเป็นความผิดตามกฎหมายไทย

1.4 ขอบเขตการวิจัย

วิทยานิพนธ์เล่มนี้มุ่งศึกษาเฉพาะเรื่องความผิดเกี่ยวกับการใช้เทคโนโลยีเพื่อหลีกเลี่ยงเทคโนโลยีป้องกันการละเมิดลิขสิทธิ์ โดยศึกษาบทบัญญัติกฎหมายของต่างประเทศ แล้วนำมาวิเคราะห์ความเป็นไปได้และความจำเป็นในการกำหนดให้การกระทำดังกล่าวเป็นความผิดตามกฎหมายไทย

1.5 วิธีการดำเนินการวิจัย

การศึกษานี้เป็นการวิจัยทางนิติศาสตร์ (Legal research) และการวิจัยทางเอกสาร (Documentary Research) โดยจะศึกษาและวิเคราะห์ข้อมูลจากตัวบทกฎหมาย คำพิพากษา คำสั่งตำรากฎหมาย และเอกสารอื่นที่เกี่ยวข้อง ตลอดจนความคิดเห็นของนักกฎหมาย ทั้งในประเทศไทยและต่างประเทศ

1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

1. ทำให้ทราบถึงแนวคิดในการคุ้มครองของมาตรการทางเทคโนโลยี และทฤษฎีทางอาญาที่เกี่ยวข้องในการกำหนดความผิดฐานหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยี

2. ทำให้ทราบถึงกฎหมายเกี่ยวกับมาตรการทางเทคโนโลยีในต่างประเทศตลอดจนความแตกต่างของกฎหมายเกี่ยวกับมาตรการทางเทคโนโลยีของประเทศเหล่านั้น

3. ทำให้ทราบถึงเหตุผลและความจำเป็นในการบัญญัติให้การหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีเป็นความผิดตามกฎหมายไทย ตลอดจนแนวทางในการบัญญัติกฎหมายคุ้มครองมาตรการทางเทคโนโลยีของประเทศไทย รวมทั้งผลกระทบอันเกิดจากการบัญญัติให้การหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีเป็นความผิดตามกฎหมายไทย

4. ทำให้ทราบถึงความเป็นไปได้และแนวทางที่เหมาะสมในการบัญญัติความฐานความผิดในการหลีกเลี่ยงมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีขึ้นใหม่ในประเทศไทย

บทที่ 2
การใช้เทคโนโลยีเพื่อหลีกเลี่ยงเทคโนโลยีป้องกันการละเมิดลิขสิทธิ์

ในการศึกษาถึงบทบัญญัติทางอาญาว่าด้วยการหลีกเลี่ยงเทคโนโลยีป้องกันการละเมิดลิขสิทธิ์ ในเบื้องต้นสิ่งที่มีความจำเป็นจะต้องทราบคือเทคโนโลยีที่นำมาใช้ในการละเมิดลิขสิทธิ์นั้นมีลักษณะอย่างไร และการกระทำอันเป็นการหลีกเลี่ยงเทคโนโลยีดังกล่าวมีรูปแบบเช่นไร เพื่อที่จะสามารถทำความเข้าใจในบทบัญญัติของกฎหมายได้อย่างชัดเจนยิ่งขึ้น ด้วยเหตุนี้หัวข้อที่จะทำการศึกษาต่อไปจึงเป็นการอธิบายโดยมีวัตถุประสงค์ 2 ประการ ได้แก่ ประการแรก คือเพื่อทราบถึงเทคโนโลยีป้องกันการละเมิดลิขสิทธิ์ว่ามีลักษณะเป็นอย่างไร และประการที่สอง คือเพื่อทราบถึงลักษณะพฤติกรรมการหลีกเลี่ยงเทคโนโลยีดังกล่าวนั้น

2.1 การใช้เทคโนโลยีเพื่อป้องกันการละเมิดลิขสิทธิ์

ในหัวข้อนี้จะเป็นการศึกษาถึงประวัติความเป็นมาในการใช้เทคโนโลยีเพื่อป้องกันการละเมิดลิขสิทธิ์ ความหมายของการใช้เทคโนโลยีเพื่อป้องกันการละเมิดลิขสิทธิ์ ตลอดจนรูปแบบของเทคโนโลยีที่ใช้ป้องกันการละเมิดลิขสิทธิ์ ซึ่งจะนำไปสู่การอธิบายเกี่ยวกับพฤติกรรมการหลีกเลี่ยงเทคโนโลยีดังกล่าวในหัวข้อต่อไป

2.1.1 ความหมายของการใช้เทคโนโลยีเพื่อป้องกันการละเมิดลิขสิทธิ์

การใช้เทคโนโลยีเพื่อป้องกันการละเมิดลิขสิทธิ์แตกต่างจากการใช้กฎหมายเพื่อป้องกันการละเมิดลิขสิทธิ์ กล่าวคือ การใช้เทคโนโลยีเพื่อป้องกันการละเมิดลิขสิทธิ์ หรืออาจเรียกว่า “การป้องกันทางเทคโนโลยี” นั้นคือการนำเทคโนโลยีรูปแบบต่างๆ มาใช้ป้องกันเพื่อไม่ให้เกิดการกระทำอันเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ เช่น การนำเทคโนโลยีที่เรียกว่าระบบมาโครวิชั่นมาใช้ในวิดีโอเทปเพื่อป้องกันไม่ให้เกิดการทำซ้ำโดยไม่ได้รับอนุญาตซึ่งเป็นการกระทำอันเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ ส่วนการใช้กฎหมายเพื่อป้องกันการละเมิดลิขสิทธิ์ หรืออาจเรียกว่าการป้องกันทางกฎหมายนั้นเป็นการนำบทมาตรการทางกฎหมายมาใช้ลงโทษแก่ผู้กระทำความผิดเมื่อเกิดการ

ละเมิดลิขสิทธิ์ขึ้นแล้ว อย่างไรก็ตาม การป้องกันการละเมิดลิขสิทธิ์นั้นในปัจจุบันจะมีทั้งการป้องกันทางเทคโนโลยีควบคู่ไปกับการป้องกันทางกฎหมาย

ดังนั้น “การป้องกันทางเทคโนโลยี” จึงอาจนิยามความหมายได้ว่าเป็นการนำเอาเทคโนโลยีรูปแบบต่างๆ ที่ได้มีการประดิษฐ์คิดค้นขึ้นมาใช้กับงานอันมีลิขสิทธิ์ โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อป้องกันการกระทำอันเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ ทั้งนี้ เทคโนโลยีที่นำมาใช้ดังกล่าวนั้นอาจเรียกว่า “มาตรการป้องกันทางเทคโนโลยี (Technological Protection measures หรือ Technological measures of protection)” กล่าวคือ เป็นการใช้มาตรการทางเทคโนโลยีควบคู่ไปกับมาตรการทางกฎหมายต่างๆ ในการป้องกันงานอันมีลิขสิทธิ์นั่นเอง

2.1.2 <u>ความหมายและรูปแบบของมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยี</u>

เมื่อทราบถึงความหมายของการป้องกันทางเทคโนโลยีว่าหมายถึงการนำเอาเทคโนโลยีต่างๆ หรือที่เรียกว่า “มาตรการป้องกันทางเทคโนโลยี” มาใช้เพื่อป้องกันการละเมิดลิขสิทธิ์แล้ว ประเด็นต่อมาที่ต้องศึกษาคือ เทคโนโลยีที่นำมาใช้เพื่อป้องกันการละเมิดลิขสิทธิ์หรือที่เรียกว่า “มาตรการป้องกันทางเทคโนโลยี” นั้นคืออะไรและมีรูปแบบเช่นไรดังจะได้อธิบายต่อไปนี้

2.1.2.1 **ความหมายของมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยี**

แก่นแท้ของบทบัญญัติกฎหมายที่ห้ามไม่ให้มีการหลีกเลี่ยงมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยี ก็คือ คำจำกัดความของคำว่า “มาตรการป้องกันทางเทคโนโลยี (technological protection measures)” หรือเรียกอย่างง่ายๆ ว่า “มาตรการทางเทคโนโลยี (technological protection measures)”[1] ทั้งนี้เพราะถ้อยคำดังกล่าวเป็นตัวกำหนดขอบเขตความคุ้มครองทางกฎหมายที่มีต่อมาตรการทางเทคโนโลยีนั้นๆ ด้วยเหตุนี้ประเด็นสำคัญประเด็นแรกที่ควรต้องทำความเข้าใจคือความหมายของคำว่า “มาตรการทางเทคโนโลยี”

---

[1] Urs Gasser, “Legal Frameworks and Technological Protection of Digital Content: Moving Forward Towards a Best Practice Model,” in <u>Berkman center research publication No.2006-04</u>, (United Stetes: 2006), p.66.

คำว่า “มาตรการทางเทคโนโลยี” มีผู้ให้นิยามไว้ดังต่อไปนี้

1. กฎหมายลิขสิทธิ์ของสหภาพยุโรป (copyright directive) กำหนดนิยามคำว่า “มาตรการทางเทคโนโลยี” ว่าหมายถึง มาตรการ อุปกรณ์ หรือส่วนประกอบใดๆ ที่โดยปกติของการทำงานถูกออกแบบมาเพื่อป้องกัน หรือจำกัดการกระทำต่องานอันมีลิขสิทธิ์ หรือสิทธิอื่นใด โดยไม่ได้รับอนุญาตจากผู้ทรงสิทธิ์ในลิขสิทธิ์ หรือสิทธิอื่นใดที่เกี่ยวเนื่องกับลิขสิทธิ์ที่ก่อตั้งขึ้นโดยกฎหมายหรือสิทธิตามกฎหมายที่ตราขึ้นเป็นการเฉพาะ[2]

2. กฎหมายลิขสิทธิ์ของเยอรมัน ได้บัญญัติคำจำกัดความของ “มาตรการทางเทคโนโลยี” ไว้ใน paragraph ที่ 95a(2) ดังนี้ “.....เทคโนโลยี, อุปกรณ์ และส่วนประกอบซึ่งโดยปกติการใช้งานของมันนั้นถูกออกแบบมาเพื่อหลีกเลี่ยงหรือจำกัดการกระทำซึ่งไม่ได้รับอนุญาตโดยเจ้าของลิขสิทธิ์...”[3]

3. นันทน อินทนนท์ ผู้พิพากษาศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศให้ความหมายของมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีว่า “เป็นเครื่องมือที่เจ้าของลิขสิทธิ์ได้นำมาใช้เพื่อควบคุมการใช้ประโยชน์จากงานอันมีลิขสิทธิ์ เช่น เจ้าของลิขสิทธิ์ในสิ่งบันทึกเสียงผลิตซีดีเพลงออกจำหน่ายโดยใช้เทคโนโลยีป้องกันมิให้มีการทำสำเนางานสิ่งบันทึกเสียงนั้น หรือเจ้าของลิขสิทธิ์ในงานวรรณกรรมอาจนำงานวรรณกรรมนั้นบันทึกลงในแผ่นซีดีโดยกำหนดว่าผู้ใช้อาจอ่านหนังสือจากซีดีดังกล่าวได้ไม่เกินระยะเวลาหรือจำนวนครั้งที่กำหนดเท่านั้น[4]”

จากที่คำจำกัดความที่กล่าวมาข้างต้นอาจกล่าวได้ว่า “มาตรการทางเทคโนโลยี” หมายถึง เทคโนโลยีที่ได้รับการออกแบบคิดค้นหรือนำมาใช้เพื่อควบคุมการใช้ประโยชน์จากงานอันมีลิขสิทธิ์ โดยอาจเป็นการป้องกันสิทธิที่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์ เช่น สิทธิในการทำซ้ำ หรือป้องกันสิทธิที่ไม่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์ก็ได้

---

[2] Directive 96/9/EC of the European Parliament and of the Council of 11 March 1996 on the Legal Protection of Databases

[3] The German Copyright Act of September 9, 1965, amended on September 10, 2003 , อ้างใน Transpoting the copyright directive. p.13.

[4] จักรกฤษณ์ ควรพจน์ และ นันทน อินทนนท์, ลิขสิทธิ์ยุคเทคโนโลยีดิจิตอล มาตรการทางเทคโนโลยี และทางเลือกสำหรับประเทศไทย, (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ , 2550), หน้า 58.

เช่น ป้องกันการทำซ้ำในงานที่หมดอายุการคุ้มครองแล้ว ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับคำจำกัดความที่กำหนดโดยแต่ละประเทศดังจะได้อธิบายต่อไป

2.1.2.2 <u>รูปแบบของมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยี</u>

ดังได้กล่าวในเบื้องต้นแล้วว่ามาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีนั้นหมายถึงเทคโนโลยีที่ได้รับการออกแบบคิดค้นหรือนำมาใช้เพื่อควบคุมการใช้ประโยชน์จากงานอันมีลิขสิทธิ์ ทั้งนี้ การควบคุมการใช้ประโยชน์ดังกล่าวนั้นสามารถจำแนกได้ตามลักษณะของการทำหน้าที่ในการควบคุมได้ 2 ประการ คือ การควบคุมการเข้าถึง และการควบคุมการทำซ้ำ ดังนี้

(1) มาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีที่ควบคุมการเข้าถึง

มาตรการทางเทคโนโลยีที่ควบคุมการเข้าถึง (Acess control) คือ มาตรการที่หลีกเลี่ยงบุคคลใดๆจากการดู อ่าน ฟัง หรือการได้รับ (perceiveing) งานโดยวิธีอื่นๆ โดยปราศจากอำนาจของผู้ถือสิทธิ[5] เป็นการทำหน้าที่ควบคุมตั้งแต่ขั้นต้นไม่ให้ผู้ใช้สามารถเข้าถึงตัวงานได้ไม่ว่าโดยวิธีใดๆ รูปแบบของมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีในลักษณะดังกล่าวนี้ เช่น

- รหัสผ่าน (password) รหัสผ่านเป็นรูปแบบธรรมดาที่สุดของมาตรการทางเทคโนโลยีควบคุมการเข้าถึง โดยผู้ใช้จะต้องแสดงลักษณะอันเฉพาะเจาะจงเพื่อที่จะเข้าไปยังงานที่ได้รับการป้องกันไว้ เช่น การเข้าไปยังฐานข้อมูลของ LexisNexis หรือฐานข้อมูล Westlaw จะต้องใส่รหัสผ่าน

- ไอพี แอดเดรส (IP Address) คือ หมายเลขประจำเครื่องคอมพิวเตอร์ ประกอบด้วยตัวเลข 4 ชุด มีเครื่องหมายจุดคั่นระหว่างชุด เช่น 192.168.0.1 โดยในการสื่อสารและรับส่งข้อมูลในระบบอินเตอร์เน็ตสิ่งสำคัญคือที่อยู่ของคอมพิวเตอร์แต่ละเครื่อง ดังนั้น เพื่อให้เกิดความถูกต้องแม่นยำ จึงมีการกำหนดหมายเลขประจำเครื่องที่เรียกว่า ไอพี

---

[5] June M. Besek, “Anti-circumvention law and copyright: a report form the Kernochan center for law, media and the art,” <u>Columbia Journal of law and the arts</u> (2004): 55.

แอดเดรส และเพื่อไม่ให้เกิดความสับสนและซ้ำกันจึงได้มีการก่อตั้งองค์กรเพื่อแจกจ่ายไอพี แอดเดรสโดยเฉพาะ ชื่อว่า ศูนย์ข้อมูลเครือข่ายระหว่างประเทศ (International Network Information Center) หรือ InterNIC ตั้งอยู่ที่ประเทศสหรัฐอเมริกา [6] การควบคุมการเข้าถึงโดยการใช้ไอพี แอดเดรส จะจำกัดการเข้าถึงงานที่ได้รับการป้องกันเพื่อที่จะร้องขอจากคอมพิวเตอร์หรือเครือข่ายโดยเฉพาะเจาะจง[7]

- การเข้าสัญญาณถ่ายทอด (Scrambling of satellite) เป็นการป้องกันโปรแกรมจากการเข้าชมรายการโดยบุคคลใดๆ ซึ่งไม่ได้สมัครสมาชิกหรือจ่ายเงิน[8]

- การจำกัดเวลาในการเข้าถึง (Timing – Out DRM) โดยทั่วไปมาตรการควบคุมการเข้าถึงนั้นเป็นการกำหนดว่าบุคคลใดๆจะสามารถเข้าถึงงานที่ได้รับการป้องกันได้หรือไม่ แต่มาตรการควบคุมการเข้าถึงบางอย่างสามารถจำกัดจำนวนครั้งตลอดจนระยะเวลาที่สามารถเข้าถึงงานที่ได้รับการป้องกันได้[9] เมื่อระยะเวลาที่กำหนดไว้สิ้นสุดลงสำเนางานนั้นๆ จะไม่สามารถใช้งานได้โดยอัตโนมัติ หากผู้ซื้อต้องการใช้งานต่อไปจะต้องดำเนินการตามเงื่อนไขที่กำหนด เช่น บริการให้เช่าภาพยนตร์ออนไลน์ที่ชื่อว่า มูฟวีส์ลิงค์ (MovieLink) จะอนุญาตให้ลูกค้าที่จ่ายเงินดาวน์โหลดภาพยนตร์ไปยังเครื่องคอมพิวเตอร์ของตน โดยกำหนดให้สามารถดูภาพยนตร์ที่ดาวน์โหลดนั้นเมื่อใดก็ได้ภายในเวลา 30 วัน แต่ทันทีที่มีการเริ่มดู ลูกค้าจะสามารถดูภาพยนตร์เรื่องได้ในระยะเวลา 24 ชั่วโมง หลังจากนั้นภาพยนต์ดังกล่าวจะถูกลบออกจากฮาร์ดไดรว์ของลูกค้าโดยอัตโนมัติ

(2) มาตรการทางเทคโนโลยีที่ควบคุมการทำซ้ำ

มาตรการทางเทคโนโลยีที่ควบคุมการใช้ (Copy control) หมายถึงมาตรการทางเทคโนโลยีซึ่งกำหนดว่างานใดๆ จะสามารถถูกทำสำเนา ส่งต่อ ดู หรือเล่นได้โดยมี

---

[6] แปลจาก IT-GUIDES.COM หมวดพื้นฐานอินเตอร์เน็ตที่ควรรู้ http//www.it-guides.com.

[7] June M. Besek, "Anti-circumvention laws and copyright: A report from the Kernochan center for law, media and the arts," Columbia Journal of law and the arts p.55.

[8] Ibid.

[9] Ibid.

ขอบเขตหรือไม่และมีขอบเขตเพียงใด[10] กล่าวคือ มาตรการทางเทคโนโลยีชนิดนี้จะยินยอมให้มีการเข้าถึงงานได้ แต่เมื่อเข้าถึงได้แล้วจะกำหนดเงื่อนไขในการใช้ เช่น การทำสำเนา การส่งต่อ การดูหรือเล่น โดยอาจจำกัดไม่ให้สามารถทำสำเนางานนั้นๆ ได้ ตัวอย่างของมาตรการทางเทคโนโลยีเหล่านี้ เช่น

- ระบบป้องกันการทำสำเนามาโครวิชั่น (Macrovision) เทคโนโลยีมา โครวิชั่น (macrovision) ติดตั้งอยู่ในเทประบบวีเอชเอส (VHS) เทคโนโลยีนี้จะบิดเบือนสัญญาณและลดคุณภาพของสำเนาที่ถูกสร้างขึ้นจากเทปที่มีระบบป้องกัน ทำให้ทุกๆสำเนางานที่ถูกผลิตขึ้นโดยไม่ได้รับอนุญาตมีคุณภาพต่ำลงไม่เทียบเท่ากับสำเนาที่ผลิตขึ้นโดยได้รับอนุญาตจาก อาจกล่าวได้ว่าเป็นการป้องกันการทำซ้ำโดยอ้อม เพราะแท้จริงแล้วเทคโนโลยีนี้ไม่ได้ป้องกันไม่ให้เกิดการทำสำเนาโดยตรง เพียงแต่ลดคุณภาพของสำเนาที่ผลิตโดยไม่ได้รับอนุญาตเท่านั้น

- ระบบการจัดการสำเนาแบบชุด (the serial copy management system) หรือ SCMS มาใช้ ระบบดังกล่าวยินยอมให้สร้างสำเนางานขึ้นจากสำเนาต้นฉบับซึ่งคือสำเนาถูกขายหรือจำหน่ายพร้อมกับการอนุญาตของผู้ถือสิทธิ หรือที่เรียกว่า “สำเนารุ่นแรก” แต่จะไม่ยินยอมให้สามารถสร้างสำเนางานขึ้นจากสำเนาที่สร้างจากสำเนาต้นฉบับดังกล่าว หรือเรียกว่า “สำเนารุ่นที่สอง” อย่างไรก็ตามต่อมาคอมแพ็คดิสก์ (compact discs) หรือแผ่นซีดี (CDs) ได้รับการพัฒนาขึ้นมาและได้รับความนิยมแทนที่เทปบันทึกเสียง[11] เนื่องมาจากความสามารถในการบันทึกด้วยความจุที่สูงกว่าเทปบันทึกเสียง น้ำหนักเบา

- การควบคุมการสร้างสำเนาที่ส่งทางจดหมายอิเล็กทรอนิกส์เพิ่ม กล่าวคือ เจ้าของสำเนาไฟล์เพลงที่ดาวน์โหลดมาโดยชอบด้วยกฎหมายสามารถส่งไฟล์เพลงนั้นให้แก่บุคคลอื่นทางจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ โดยไฟล์เพลงจะมีเทคโนโลยีควบคุมการสร้างสำเนาเพิ่ม ซึ่งจะทำให้ทันทีที่มีการส่งไฟล์เพลงออกไป สำเนาไฟล์ต้นฉบับจะไม่ถูกลบแต่เทคโนโลยีควบคุมนี้จะทำให้สำเนาไฟล์ต้นฉบับนั้นไม่สามารถเปิดใช้งานได้ ทั้งนี้ เพื่อควบคุมปริมาณการทำสำเนาไม่ให้เพิ่มขึ้นนอกจากจำนวนที่ได้รับอนุญาต

---

[10] Ibid.

[11] Ibid., p.57.

2.1.3 ข้อดีและข้อเสียของมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยี

ปัจจุบันมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีนิยมนำมาใช้จัดการกับข้อมูลทางดิจิตอล โดยมีการนำมาใช้กับงานทางดิจิตอลหลากหลายรูปแบบ ทั้งข้อมูลที่เจ้าของมีลิขสิทธิ์และที่ไม่มีลิขสิทธิ์ และเนื่องมาจากมีการนำไปใช้กับทั้งงานที่มีลิขสิทธิ์และไม่มีลิขสิทธิ์นี้เองทำให้มีการวิพากษ์วิจารณ์ถึงมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีทั้งในด้านบวกซึ่งเป็นประโยชน์และด้านลบซึ่งเป็นโทษ ดังต่อไปนี้

2.1.3.1 ข้อดีของมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยี

ข้อดีหรือประโยชน์ของมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีนั้นอาจพิจารณาได้จากลักษณะของการทำหน้าที่ กล่าวคือมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีที่นำมาใช้กับงานอันมีลิขสิทธิ์นั้นจะมีลักษณะการทำหน้าที่บางประการแตกต่างกันออกไป ซึ่งการทำหน้าที่ดังกล่าวนี้มีผลทั้งในแง่ของการป้องกันการละเมิดลิขสิทธิ์ หรือในบางกรณีไม่ได้นำมาใช้ในการป้องกันการละเมิดลิขสิทธิ์โดยตรงแต่มีวัตถุประสงค์เพื่อช่วยให้การประกอบธุรกิจสามารถดำเนินไปได้ในลักษณะที่ไม่เป็นการเอาเปรียบผู้บริโภค การทำหน้าที่ของมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีดังกล่าวก็จะถือเป็นข้อดีหรือเป็นประโยชน์ ทั้งนี้ มาตรการทางเทคโนโลยีที่มีการนำมาใช้ในปัจจุบันซึ่งเป็นการทำหน้าที่ที่เป็นข้อดีมีดังต่อไปนี้

(1) ทำหน้าที่ตรวจสอบความถูกต้องของเงื่อนไขที่กำหนด

การนำมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีมาใช้กับการดาวน์โหลดงานอันมีลิขสิทธิ์ที่ต้องเสียค่าบริการ มาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีจะทำหน้าที่เสมือนเป็น “ทรัสตี (Trustee)” ของคู่กรณีสองฝ่าย[12] คือ ผู้ต้องการสำเนางานอันมีลิขสิทธิ์ และเจ้าของงานอันมีลิขสิทธิ์ จะทำหน้าที่ยืนยันว่าเงื่อนไขที่กำหนดไว้เพื่อจะสามารถดาวน์โหลดข้อมูลได้นั้นได้เกิดขึ้น

---

[12] John T. Mitchell, Colleges, Code, and Copyright:The impact of digital networks and technological controls on copyright and the dissemination of knowledge in higher education, (United States of America: 2005), pp.126-127.

แล้ว และจะอนุญาตให้ดาวน์โหลดข้อมูลได้ ทำให้คู่กรณีทั้งสองฝ่ายเกิดความแน่ใจในการทำธุรกรรมจึงเป็นเสมือน ตัวกลาง (Trustee) ของคู่กรณีทั้งสองฝ่าย ดังตัวอย่างต่อไปนี้

ตัวอย่างที่ 1 : นาย ก. เป็นผู้พิมพ์และจัดจำหน่ายหนังสือเล่มหนึ่ง ส่วนนาย ข. เป็นผู้ประพันธ์หนังสือเล่มนั้น นาย ก. ได้รับอนุญาตให้จัดพิมพ์สำเนา 1,000 เล่ม โดยจะต้องจ่ายเงินให้แก่นาย ข. เล่มละ 10 บาท ถ้านาย ข. ปฏิเสธที่จะให้ต้นฉบับแก่นาย ก. จนกว่านาย ก. จะยินยอมจ่ายเงินล่วงหน้า เนื่องจากกลัวว่าเมื่อนาย ก. ได้รับต้นฉบับและจัดพิมพ์ครบแล้วจะไม่จ่ายเงิน ขณะเดียวกัน นาย ก. ก็ไม่ประสงค์จะจ่ายเงินจนกว่าจะได้รับต้นฉบับตามรูปแบบที่ตกลงกันไว้ ในกรณีนี้ กฎหมายได้กำหนดให้มีตัวกลาง (Trustee) โดยให้นาย ก. จ่ายเงินให้กับตัวกลางก่อนที่จะได้รับต้นฉบับมาจัดพิมพ์ ซึ่งตัวกลางจะยังไม่ส่งมอบเงินให้แก่นาย ข. จนกว่านาย ข. จะส่งมอบต้นฉบับให้แก่นาย ก. และนาย ก. ได้จัดพิมพ์สำเนาครบ 1,000 เล่ม แล้ว

ตัวอย่างที่ 2 : นาย ก. เป็นผู้ต้องการดาวน์โหลดข้อมูล ส่วนนาย ข. เป็นเจ้าของข้อมูลซึ่งให้ดาวน์โหลดนั้น นาย ก. ตกลงจะจ่ายเงิน 20 บาท เพื่อแลกเปลี่ยนกับการดาวน์โหลดข้อมูลบนอินเตอร์เน็ต แต่นาย ก. ไม่ต้องการที่จะจ่ายเงินจนกว่าจะแน่ใจว่าจะได้ดาวน์โหลดข้อมูลที่ถูกต้องสมบูรณ์แล้ว ขณะเดียวกันนาย ข. ก็ลังเลที่จะให้นาย ก. ดาวน์โหลดข้อมูลจนกว่าจะแน่ใจว่านาย ก. จะจ่ายเงินจริงๆ

ตัวอย่างที่ 3 : นาย ข. เป็นเจ้าของข้อมูลที่อนุญาตให้ดาวน์โหลดได้เฉพาะบุคคลที่ลงทะเบียนมีอีเมลล์แอดเดรสเท่านั้น

กรณีตัวอย่างที่ 2 มาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีจะทำหน้าที่ยืนยันว่าผู้ประสงค์จะดาวน์โหลดได้ให้ข้อมูลบัญชีเครดิตการ์ดที่ถูกต้อง เป็นการยืนยันการจ่ายเงิน (confirmation of payment) และกรณีตัวอย่างที่ 3 มาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีจะทำหน้าที่ยืนยันลักษณะเฉพาะทางอีเมลล์ (confirmation of the e- mail identity)

(2) ทำหน้าที่เสมือนพนักงานเก็บตั๋วดิจิตอล[13]

มาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีนำมาใช้ในการอนุญาตให้เฉพาะผู้ที่จ่ายเงินค่าธรรมเนียมเท่านั้นที่จะสามารถเข้าไปดูภาพยนตร์หรือรายการต่างๆ ซึ่งแสดงบนอินเตอร์เน็ตหรือถ่ายทอดออกอากาศได้ ในกรณีนี้มาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีจึงทำหน้าที่เสมือนพนักงานที่ทำหน้าที่ตรวจตั๋วค่าผ่านเข้าประตูของผู้ที่จะเข้าไปชมภาพยนตร์ในโรงภาพยนตร์หรือพิพิธภัณฑ์ และจะอนุญาตให้เฉพาะผู้ที่ซื้อบัตรค่าผ่านประตูเท่านั้นสามารถเข้าชมภาพยนตร์หรืองานแสดงในพิพิธภัณฑ์ได้ ตัวอย่างเช่น รูปแบบการถ่ายทอดโปรแกรมทางโทรทัศน์หรือบนอินเตอร์เน็ตที่เรียกว่า จ่าย-ก่อน-ดู (Pay-Per-View) ซึ่งผู้ที่จะเข้าชมรายการที่ถ่ายทอดนั้นจะต้องเสียค่าธรรมเนียมรายเดือนก่อนจึงจะสามารถเข้าชมรายการนั้นๆ ได้ มาตรการป้องกันทางเทคโนโลยี จะเป็นตัวช่วยตรวจสอบว่าผู้ที่จะเข้าดูรายการได้ชำระค่าธรรมเนียมหรือไม่

(3) ทำหน้าที่เป็นเครื่องนับจำนวนอัตโนมัติ[14]

ในการทำธุรกิจค้าส่งค้าปลีก ผู้ค้าปลีกจะซื้อสำเนางานจากร้านค้าส่งเพื่อนำมาขายต่อให้กับลูกค้า โดยปกติแล้วเจ้าของลิขสิทธิ์ส่งจะไม่สนใจว่าสำเนางานซึ่งผู้ค้าส่งซื้อจากตนไปนั้นได้นำไปขายต่อให้กับลูกค้าเป็นจำนวนเท่าใด เจ้าของลิขมสิทธิ์จะสนใจแต่เพียงจำนวนเงินค่าสินค้าที่ขายให้กับผู้ค้าส่งเท่านั้น ทั้งนี้ เป็นไปตามหลักการขายครั้งแรก (The First-Sale Doctrine) ที่ว่าเจ้าของลิขสิทธิ์ไม่ควรที่จะควบคุมว่าผู้ค้าปลีกได้ขายสำเนางานไปหรือไม่ ขายไปที่ราคาเท่าใด หรือขายให้แก่ใคร

ส่วนกรณีการทำธุรกิจให้บริการดาวน์โหลดบนอินเตอร์เน็ตนั้น สำเนางานจะเกิดขึ้นก็ต่อเมื่อมีการดาวน์โหลดโดยลูกค้า ตราบใดที่ลูกค้ายังไม่ได้ดาวน์โหลดข้อมูลมาบันทึกไว้ในสื่อใดๆ สำเนางานจะยังคงไม่เกิดขึ้น

เมื่อเปรียบเทียบกับกรณีแรก ตามตัวอย่างแรกสิ่งที่ผู้ค้าส่งขายให้แก่ผู้ค้าปลีกคือสำเนางานและผู้ค้าส่งจะทราบว่าตนขายหนังสือกี่เล่มให้กับผู้ค้าปลีก ส่วน

---

[13] Ibid., p.129.

[14] Ibid.

ตัวอย่างที่สองนั้นสิ่งที่เจ้าของลิขสิทธิ์ขายให้แก่ผู้ให้บริการดาวน์โหลดบนอินเตอร์เน็ตไม่ใช่สำเนางานแต่เป็นการขายสิทธิในการอนุญาตให้ทำสำเนางาน ดังนั้น อาจกล่าวได้ว่าจำนวนงานที่เจ้าของลิขสิทธิ์ขายให้กับผู้ให้บริการดาวน์โหลดนั้นจะเป็นจำนวนเท่ากับจำนวนสำเนางานที่ลูกค้าดาวน์โหลดไป ซึ่งเจ้าของลิขสิทธิ์จะไม่มีทางรู้ได้เลยว่ามีสำเนางานจำนวนเท่าใดที่ถูกดาวน์โหลดไป นอกจากผู้ให้บริการดาวน์โหลดจะแจ้งให้ทราบ ซึ่งในกรณีดังกล่าวนี้มาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีจะทำหน้าที่เสมือนเครื่องนับจำนวนอัตโนมัติซึ่งจะแจ้งให้เจ้าของลิขสิทธิ์ทราบทุกครั้งที่มีการดาวน์โหลดข้อมูล

หากปราศจากมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีรูปแบบนี้เจ้าของลิขสิทธิ์อาจจะกังวลใจที่จะให้สิทธิในการทำสำเนาแก่ผู้ให้บริการดาวน์โหลด เนื่องจากเกรงว่าจะไม่สามารถเรียกเก็บเงินได้ตามจำนวนแท้จริงที่มีการดาวน์โหลด ดังนั้น การใช้มาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีเพื่อวัตถุประสงค์นี้จึงกระตุ้นให้เกิดการแพร่กระจายงานอย่างกว้างขวาง และช่วยส่งเสริมให้เกิดธุรกิจค้าปลีกซึ่งผู้ค้าจะต้องแข่งขันกันแสวงหาลูกค้าโดยการเสนอราคาและคุณภาพของการทำสำเนาตลอดจนบริการเสริมที่ดีที่สุด

(4) ทำหน้าที่เป็นอุปกรณ์ต่อต้านการโจรกรรม[15]

โดยทั่วไปแล้วการที่นาย ก. ขโมยสำเนางาน เช่น แผนดีวีดีภาพยนต์ซึ่งมีลิขสิทธิ์มาจากเจ้าของลิขสิทธิ์ แล้วนำไปเปิดชมเป็นการส่วนตัว นาย ก. ไม่ได้มีความผิดฐานละเมิดลิขสิทธิ์ อย่างไรก็ตาม การกระทำของนาย ก. ดังกล่าวอาจมีผลกระทบทางเศรษฐกิจโดยบุคคลอื่นๆ ที่ต้องการเข้าถึงงานนั้นอาจต้องเสียค่าใช้จ่ายในอัตราที่สูงขึ้นเพื่อที่จะสามารถเข้าถึงสำเนางานที่เหลืออยู่ซึ่งยังไม่ถูกขโมย เนื่องจากค่าใช้จ่ายในการประกอบธุรกิจหรือค่าโสหุ้ยสูงขึ้น มาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีถูกนำมาใช้กับสำเนางานต้นฉบับหรือสำเนางานก่อนที่จะปล่อยออกสู่ท้องตลาด เพื่อที่จะป้องกันไม่ให้สำเนางานดังกล่าวสามารถผ่านหรือเปิดใช้งานได้โดยอุปกรณ์อื่นๆ นอกเหนือไปจากอุปกรณ์ของสตูดิโอผู้ผลิต เพื่อที่ผู้ขโมยสำเนางานนั้นไปจะไม่สามารถเปิดใช้งานได้

---

[15] Ibid., p.130.

มาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีที่ถูกนำมาใช้ในลักษณะนี้จึงเสมือนเป็นอุปกรณ์อย่างหนึ่งที่ใช้ในการต่อต้านการโจรกรรมสำเนางานอันมีลิขสิทธิ์ก่อนปล่อยออกสู่ท้องตลาด ซึ่งสิ่งนี้ถือเป็นการส่งเสริมเจตนารมณ์ของกฎหมายลิขสิทธิ์ประการหนึ่ง แม้ว่าการที่ขโมยเปิดใช้สำเนางานที่ขโมยไปเป็นการส่วนตัวจะไม่เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ แต่การนำเทคโนโลยี DRM มาใช้เพื่อหลีกเลี่ยงการกระทำดังกล่าวนี้ก็ไม่น่าจะมีอันตรายร้ายแรงใดๆ ต่อสาธารณชน

(5) ทำหน้าที่เป็นผู้ตรวจสอบการใช้งานโดยบุคคลที่สาม[16]

เป็นการนำมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีมาใช้โดยบุคคลที่สามซึ่งไม่ใช้เจ้าของลิขสิทธิ์เพื่อทำให้บุคคลที่สามนั้นมีคุณสมบัติครบถ้วนที่จะเข้าข้อยกเว้นที่จะทำให้การกระทำของตนไม่เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ เช่น กฎมายของสหรัฐอเมริกาชื่อ Technology Education, and Copyright Harmonization Act of 2002 หรือเรียกอย่างย่อว่า The TEACH Act กำหนดให้สถาบันการศึกษาซึ่งใช้ประโยชน์จากข้อยกเว้น ต้องจัดให้มีเอกสารข้อมูลแก่คณะนักศึกษา และเจ้าหน้าที่ โดยเอกสารนั้นจะต้องให้คำอธิบายที่ถูกต้องและส่งเสริมให้ปฏิบัติตามกฎหมายลิขสิทธิ์เพื่อให้เป็นไปตามกฎหมายดังกล่าว ห้องสมุดหรือสถาบันการศึกษาได้นำมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีมาใช้โดยจะกำหนดให้มีการเผยแพร่คำอธิบายตามที่กฎหมาย The TEACH Act กำหนดก่อนที่จะอนุญาตให้ใช้งานอันมีลิขสิทธิ์ครั้งแรก ทั้งนี้ คำอธิบายดังกล่าวจะปรากฏขึ้นมาในการใช้ครั้งแรกและจะผู้ใช้จะต้องยอมรับข้อความคำอธิบายนั้นก่อนจึงจะสามารถเข้าถึงงานอันมีลิขสิทธิ์นั้นได้

(6) ทดลองสินค้าก่อนตัดสินใจซื้อ[17]

ในการซื้อสินค้าโดยทั่วไปซึ่งมีการรับประกันความพึงพอใจ หากลูกค้าไม่พอใจในสินค้านั้นหลังจากลองใช้งานแล้ว ลูกค้าสามารถนำสินค้านั้นกลับมาคืนและได้รับเงินคืน แต่กรณีโปรแกรมคอมพิวเตอร์ซึ่งเป็นข้อมูลที่อยู่ในรูปข้อมูลดิจิตอล และให้ลูกค้าที่ต้องการ

---

[16] Ibid., p.131.

[17] Ibid., p132.

ซื้อดาวน์โหลดสินค้าได้จากอินเตอร์เน็ตนั้น เมื่อมีการดาวน์โหลดสินค้าแล้วข้อมูลดิจิตอลจะถูกนำส่งไปและบันทึกหรือติดตั้งลงในสื่อของผู้ดาวน์โหลดซึ่งอาจเป็นส่วนใหญ่คือฮาร์ดไดรว์คอมพิวเตอร์ ฮาร์ดไดรว์ดังกล่าวจะเปรียบเสมือนสำเนางานโดยชอบด้วยกฎหมายซึ่งซื้อมาจากร้านค้าแต่ไม่สามารถคืนสินค้าและได้รับเงินคืนได้หากไม่พอใจ

เทคโนโลยี Timing – out จึงนำมาใช้แทนการคืนสินค้าเมื่อเกิดกรณีที่ลูกค้าไม่พอใจในสินค้าซึ่งได้แก่โปรแกรมที่ดาวน์โหลดมาแล้วนั้น โดยหากผู้ดาวน์โหลดสามารถปฏิเสธการจ่ายเงินหากไม่พอใจในโปรแกรมทดลองใช้ ขณะเดียวกันมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีแบบ Timing – out นี้จะทำให้โปรแกรมที่ดาวน์โหลดมาแล้วนั้นไม่สามารถใช้งานได้เมื่อสิ้นสุดระยะเวลาที่กำหนดให้ทดลองใช้ อย่างไรก็ตาม

การนำเทคโนโลยีดังกล่าวนี้มาใช้ก่อให้เกิดประโยชน์ทั้งผู้บริโภคและเจ้าของลิขสิทธิ์หรือผู้ที่มีสิทธิให้บริการดาวน์โหลด กล่าวคือ ผู้บริโภคมีสิทธิที่จะทดลองใช้งานโปรแกรมที่ตนเองดาวน์โหลดและสามารถปฏิเสธการจ่ายเงินหากไม่พอใจเหมือนเช่นการรับประกันความพึงพอใจในสินค้าทั่วไป เป็นการลดความกังวลใจว่าโปรแกรมคอมพิวเตอร์หรือเพลงที่จะดาวน์โหลดนั้นใช้งานได้ตามที่โฆษณาหรือน่าฟังหรือไม่ ส่วนเจ้าของลิขสิทธิ์หรือผู้ที่มีสิทธิให้บริการดาวน์โหลดจะสามารถแน่ใจได้ว่าเมื่อโปรแกรมที่ผู้บริโภคดาวน์โหลดไปและไม่จ่ายเงินนั้นจะไม่สามารถถูกนำไปจำหน่ายจ่ายโอนด้วยวิธีใดๆ ได้อีกเนื่องจากเมื่อสิ้นสุดระยะเวลาทดลองใช้แล้วโปรแกรมนั้นจะไม่สามารถใช้งานได้อีกต่อไป

นอกจากนี้ เทคโนโลยีจำกัดเวลายังนำมาใช้ในอุตสาหกรรมภาพยนต์ โดยบริษัทผลิตภาพยนต์นำเทคโนโลยีนี้มาใช้กับสำเนาภาพยนต์ที่ให้แก่ร้านค้าเป็นตัวอย่างก่อนตัดสินใจซื้อมาจำหน่ายต่อ หรือให้แก่นักวิจารณ์ภาพยนตร์ก่อนที่ภาพยนตร์จะถูกนำออกฉาย หรือให้แก่คณะกรรมการเพื่อที่จะพิจารณาให้รางวัลภาพยนตร์ เพื่อป้องกันไม่ให้สำเนาภาพยนต์ที่มอบให้นั้นสามารถนำไปทำสำเนาเผยแพร่เพื่อการค้าต่อไปได้ โดยเทคโนโลยีนี้จะทำให้สำเนาภาพยนตร์ซึ่งปรากฏในรูปของดีวีดีไม่สามารถเปิดใช้งานได้ภายหลังจากการเปิดดูครั้งแรกสองถึงสามชั่วโมง[18]

---

[18] Ibid., p.136.

(7) ควบคุมจำนวนสำเนางานที่ผลิต[19]

ในอดีตการโอนกรรมสิทธิ์ในสำเนางานที่บันทึกไว้ในสื่อต่างๆ ที่จับจ้องได้นั้นสามารถกระทำโดยการซื้อขาย แลกเปลี่ยน หรือให้ยืมสื่อนั้นๆ สื่อจะผ่านมือจากบุคคลหนึ่งไปยังอีกบุคคลหนึ่ง โดยบุคคลที่เป็นผู้โอนจะไม่เหลือสื่อนั้นในมืออีกต่อไป ปัจจุบัน เทคโนโลยีพัฒนาขึ้นรูปแบบการจำหน่ายจ่ายโอนรูปแบบใหม่ที่เกิดขึ้นและเป็นที่นิยมอย่างแพร่หลายคือจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ (E-Mail) ซึ่งเปิดโอกาสให้ผู้ใช้งานสามารถที่จะส่งข้อมูลดิจิตอลใดๆ เช่น ไฟล์เพลง ไฟล์เกมส์ ไฟล์หนัง ไปให้บุคคลอื่น และผู้ได้รับข้อมูลที่ถูกส่งมานั้นสามารถที่จะส่งต่อ (Forward) ข้อมูลนั้นให้บุคคลอื่นต่อไปได้ และยังสามารถลบ (Delete) ข้อมูลใดๆ ทิ้งไปได้เมื่อไม่ต้องการ เปรียบเทียบได้กับนาย ก. ส่งหมึกจากหนังสือของตนไปยังหน้ากระดาษของนาย ข. ซึ่งอยู่คนละประเทศ โดยที่นาย ก. เหลือแต่เพียงหน้ากระดาษเปล่า

อย่างไรก็ตาม ในความเป็นจริงแม้จะมีการส่งต่อ (Forward) ข้อมูลไปให้แก่บุคคลอื่นแล้ว แต่สำหรับตัวผู้ส่งเองจะยังมีข้อมูลนั้นอยู่ในความครอบครองถ้าหากไม่มีการลบ (Delete) ข้อมูลนั้นทิ้งภายหลังจากที่มีการส่งออกไปแล้ว ดังนั้น กรณีเช่นนี้เท่ากับว่ามีสำเนางานเพิ่มขึ้นเป็นจำนวนหนึ่งชิ้นในทุกครั้งที่ส่งข้อมูลนั้นต่อให้ผู้รับหนึ่งคน ซึ่งหากข้อมูลนั้นเป็นข้อมูลที่มีลิขสิทธิ์และการส่งต่อไม่ได้รับอนุญาตจากเจ้าของลิขสิทธิ์โดยไม่เข้าข้อยกเว้นให้สามารถกระทำได้ จะเท่ากับเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ ดังนั้น โดยหลักแล้วทุกครั้งที่ส่งต่อข้อมูลไป ผู้ส่งจะต้องลบข้อมูลของตนทิ้งทันที

มาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีจึงถูกนำมาใช้กับกรณีดังกล่าวนี้โดยเจ้าของสำเนาไฟล์เพลงที่ดาวน์โหลดมาโดยชอบด้วยกฎหมายสามารถส่งไฟล์เพลงนั้นให้แก่บุคคลอื่นทางจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ โดยไฟล์เพลงจะมีมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีซึ่งจะทำให้ทันทีที่มีการส่งไฟล์เพลงออกไป สำเนาไฟล์ต้นฉบับจะไม่ถูกลบแต่มาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีจะทำให้สำเนาไฟล์ต้นฉบับนั้นไม่สามารถเปิดใช้งานได้ ทั้งนี้ เพื่อควบคุมปริมาณการทำสำเนาไม่ให้เพิ่มขึ้นนอกจากจำนวนที่ได้รับอนุญาต เจ้าของลิขสิทธิ์จึงไม่ต้องคำนึงว่าจะมีการสร้างสำเนาขึ้นเป็นจำนวนเท่าใด เพราะจะมีสำเนางานเพียงหนึ่งอันเท่านั้นที่สามารถใช้การได้ ดังนั้น เจ้าของลิขสิทธิ์จะได้รับประโยชน์ในแง่ที่ว่าสามารถควบคุมปริมาณสำเนางานที่จะถูกทำขึ้นได้ เพราะ

---

[19] Ibid.

สำเนางานจะถูกลบหรือไม่สามารถใช้งานได้ภายหลังจากสำเนานั้นถูกส่งต่อไป ส่วนผู้บริโภคจะได้รับประโยชน์คือสามารถจำหน่ายจ่ายโอนสำเนางานโดยชอบด้วยกฎหมายของตนได้ทางจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ซึ่งมีความสะดวกรวดเร็วในขณะที่ไม่เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์

จากประโยชน์ของมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีตามที่ได้อธิบายข้างต้นนั้น จะเห็นได้ว่าประโยชน์ของมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีอาจจำแนกได้เป็นสองกลุ่ม ได้แก่ กลุ่มแรกคือ ประโยชน์ในแง่ที่ช่วยป้องกันการละเมิดลิขสิทธิ์ กล่าวคือ วัตถุประสงค์หลักของการนำมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีมาใช้คือเพื่อป้องกันไม่ให้เกิดการละเมิดลิขสิทธิ์ กลุ่มที่สองคือส่งเสริมสนับสนับสนุนให้เกิดการทำธุรกรรมอย่างกว้างขวางเนื่องจากช่วยลดความไม่แน่ใจอันเป็นอุปสรรคในการทำธุรกรรมบนอินเตอร์เน็ตซึ่งเป็นธุรกรรมที่คู่กรณีอยู่ห่างไกลกัน และกลุ่มที่สามได้แก่ ประโยชน์ในแง่ส่งเสริมให้เกิดการแสดงงานต่อสาธารณะ

กรณีการนำมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีโดยมีวัตถุประสงค์ส่งเสริมสนับสนับสนุนให้เกิดการทำธุรกรรมอย่างกว้างขวางเนื่องจากช่วยลดความไม่แน่ใจอันเป็นอุปสรรคในการทำธุรกรรมบนอินเตอร์เน็ตซึ่งเป็นธุรกรรมที่คู่กรณีอยู่ห่างไกลกัน และวัตถุประสงค์เพื่อส่งเสริมให้เกิดการแสดงงานต่อสาธารณะนั้น การนำมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีมาใช้ไม่จำเป็นว่าจะต้องนำมาใช้กับงานที่มีลิขสิทธิ์ มาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีอาจนำมาใช้แก่งานที่ไม่มีลิขสิทธิ์ได้ภายใต้ความเข้าใจพื้นฐานที่ว่า บุคคลใดๆ สามารถแสดงงานต่อสาธารณะได้เพื่อที่จะได้รับค่าตอบแทนอย่างเหมาะสม อย่างไรก็ตาม ในกรณีนำมาใช้กับงานที่ไม่มีลิขสิทธิ์นั้นอาจมีผู้โต้แย้งว่าเป็นการใช้การนำมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีมาใช้อย่างไม่เหมาะสม[20] ทั้งนี้วัตถุประสงค์ของการให้ความคุ้มครองมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีที่แตกต่างกันดังกล่าวมีผลต่อการบัญญัติกฎหมายในแต่ละประเทศดังจะได้กล่าวต่อไปในบทที่ 3

2.1.3.2 <u>ข้อเสียของมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยี</u>

แม้มาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีจะมีข้อดีในแง่ของการช่วยป้องกันการละเมิดลิขสิทธิ์และส่งเสริมให้เกิดการแสดงงานต่อสาธารณะก็ตาม ในทางตรงกันข้ามการใช้มาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีมีข้อเสียด้วยเช่นกัน ดังจะได้อธิบายต่อไปนี้

---

[20] Ibid., p.129.

(1) การนำมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีมาใช้กับงานที่ไม่มีลิขสิทธิ์[21]

เป็นการนำมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีมาใช้กับงานที่ไม่มีลิขสิทธิ์ เช่น กรณีนำมาใช้กับงานที่หมดอายุความคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์แล้ว หรืองานที่ไม่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์เลย กรณีดังกล่าวนี้หากยินยอมให้มีการกระทำได้จะเท่ากับเป็นการขยายขอบเขตในสิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์ เนื่องจากโดยปกติแล้วงานที่หมดอายุความคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์ หรืองานที่โดยปกติไม่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์นั้น บุคคลใดๆ ย่อมสามารถเข้าถึงหรือใช้ประโยชน์จากงานนั้นๆ ได้โดยไม่เป็นการละเมิดต่อกฎหมาย แต่หากปล่อยให้มีการนำมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีมาใช้กับงานดังกล่าว ทำให้บุคคลใดๆ ไม่อาจสามารถเข้าถึงงานนั้นๆ ได้ เป็นการบั่นทอนสิทธิของสาธารณชนในการเข้าถึงงานใดๆ ได้โดยชอบด้วยกฎหมาย

(2) การทดลองสินค้าก่อนตัดสินใจซื้อที่มีค่าใช้จ่าย

ดังได้กล่าวมาแล้วว่าประโยชน์ประการหนึ่งของมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีคือทำให้เกิดการทดลองสินค้าก่อนตัดสินใจซื้องานดิจิตอล เป็นการอนุญาตให้สามารถคืนสินค้าเมื่อเกิดกรณีที่ลูกค้าไม่พอใจในสินค้าซึ่งได้แก่โปรแกรมที่ดาวน์โหลด หากไม่มีเทคโนโลยีดังกล่าวการซื้องานดิจิตอลจะเปรียบเสมือนการซื้อสินค้าที่หากไม่พอใจไม่มีการเปลี่ยนคืน ทั้งนี้เพราะเมื่อดาวน์โหลดมาแล้วไม่สามารถคืนได้ ดังนั้น สำเนางานที่ผลิตขึ้นมาชั่วคราวเพื่อให้ทดลองใช้โปรแกรมนั้นจะต้องไม่มีค่าใช้จ่าย หากต้องมีการจ่ายเงินสำหรับสำเนางานเพื่อการทดลองดังกล่าว จะเท่ากับงานที่ไม่มีการคืนเงินเมื่อไม่พอใจ เป็นการจำกัดทางการค้าและเป็นการขยายอำนาจการควบคุมของเจ้าของลิขสิทธิ์[22] กรณีตัวอย่างภาพยนต์ที่ให้ทดลองดูก่อนตัดสินใจซื้อมาจำหน่ายต่อจะต้องเป็นการให้ดูโดยไม่เสียค่าตอบแทนเช่นเดียวกัน

---

[21] Ibid., p.134.

[22] Ibid., pp.135-136.

(3) นำมาใช้ป้องกันการกระทำที่ได้รับอนุญาตตามกฎหมายลิขสิทธิ์[23]

ในบางกรณีมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีมาใช้ป้องกันการกระทำแก่งานอันมีลิขสิทธิ์แม้ว่าการกระทำนั้นโดยปกติจะเป็นการกระทำที่ได้รับอนุญาตโดยกฎหมาย เช่น การทำซ้ำเพื่อการใช้ที่เป็นธรรม การบันทึกชั่วคราว ทั้งนี้เนื่องจากมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีนั้นไม่มีความซับซ้อนเพียงพอในการจำแนกว่าการกระทำใดเป็นการกระทำที่ได้รับอนุญาตโดยกฎหมายลิขสิทธิ์ เช่น เทคโนโลยีป้องกันการทำซ้ำที่เรียกว่าระบบป้องกันการทำสำเนาแบบเป็นชุด (the serial copy management system) อาจทำให้ผู้บริโภคไม่สามารถทำสำเนางานเพื่อสำรองสำเนาที่ตนเองซื้อมาในกรณีเกิดการชำรุดได้

(4) เป็นอุปสรรคต่อการแข่งขันทางการค้า[24]

มาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีอาจเป็นประโยชน์ในแง่ที่ทำให้การให้อนุญาตในการใช้สิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์เป็นไปอย่างสะดวกขึ้น อย่างไรก็ตาม อาจเกิดกรณีมีการนำมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีมาใช้เพื่อให้เกิดข้อตกลงที่เป็นอุปสรรคต่อการแข่งขันทางการค้า เช่น กรณีกลุ่มบริษัทยูนิเวอร์แซลมิวสิค (Universal Music group) กำหนดให้ลูกค้าที่ต้องการดาวน์โหลดเพลงของบริษัท จะต้องตกลงว่าจะไม่ขายสำเนางานที่ดาวน์โหลดมาโดยชอบด้วยกฎหมายนั้น

2.2 <u>การกระทำอันเป็นการหลีกเลี่ยงมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยี</u>

เมื่อทราบถึงความหมายและรูปแบบของมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีตามที่ได้กล่าวมาข้างต้นแล้ว ในหัวข้อนี้ผู้เขียนจะได้ศึกษาถึงลักษณะของการกระทำอันเป็นการหลีกเลี่ยงมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีดังต่อไปนี้

---

[23] Ibid., p.144.

[24] Ibid., p.145-146.

2.2.1 ความหมายของการหลีกเลี่ยงมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยี

คำจำกัดความของ “การหลีกเลี่ยง (circumvention)” มาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีนั้น อาจพิจารณาได้จากบทบัญญัติกฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศสหรัฐอเมริกา (Digital Millennium Copyright Act of 1998 หรือ DMCA) เหตุที่พิจารณาจากบทบัญญัติของสหรัฐอเมริกานั้นเนื่องจากกฎหมายของสหรัฐบัญญัติความหมายของ“การหลีกเลี่ยง (circumvention)” มาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีไว้อย่างละเอียดชัดเจนมากกว่าบทบัญญัติของประเทศอื่นๆ ซึ่งส่วนใหญ่บัญญัติแต่เพียงว่าห้ามหลีกเลี่ยงมาตรการป้องหันทางเทคโนโลยีแต่ไม่ได้ให้คำจำกัดความแก่คำดังกล่าวอย่างชัดเจนว่ามีความหมายประการใด โดยกฎหมาย DMCA ของสหรัฐอเมริกาบัญญัติถึงการหลีกเลี่ยงมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีไว้ในข้อ ข้อ 1201(a)(3)(A) และข้อ 1201(b)(2)(A) ดังต่อไปนี้

ข้อ 1201(a)(3)(A) บัญญัติว่า “การหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยี หมายถึง การถอดสัญญาณ (descramble) งานที่มีการติดตั้งสัญญาณก่อกวนไว้ (scrambled work) การถอดรหัสงาน (decryption)ที่มีการเข้ารหัสไว้ (encrypted work) หรือการกระทำอื่นเพื่อที่จะหลีกเลี่ยง (avoid) ลัด (bypass) ย้าย (remove) ทำให้เสื่อมสภาพ (deactivate) หรือทำให้เสียหาย(impair) ซึ่งมาตรการทางเทคโนโลยีโดยปราศจากความยินยอมจากเจ้าของลิขสิทธิ์”[25]

ข้อ 1201(b)(2)(A) บัญญัติว่า “การหลีกเลี่ยงการป้องกันของมาตรการทางเทคโนโลยี หมายถึง การหลีกเลี่ยง ลัด ย้าย ทำให้เสื่อมสภาพ หรือการกระทำให้เสียหายโดยวิธีการอื่นต่อมาตรการทางเทคโนโลยี”[26]

เมื่อพิจารณาบทบัญญัติข้างต้นจะเห็นได้ว่าองค์ประกอบประการสำคัญของ “การหลีกเลี่ยง (circumvention)” มาตรการป้องกันทางเทคโนโลยี คือ ความมีอยู่ของสิ่งกีดกั้นทางเทคโนโลยีระหว่างผู้ใช้และงานนั้นๆ ซึ่งจะต้องถูกทำลายหรือมีการลัดสิ่งกีดกั้นนั้นก่อนที่ผู้ใช้จะสามารถเข้าไปยังวัสดุที่ได้รับการป้องกันได้[27] ดังนั้น การหลีกเลี่ยงมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีจึงหมายถึงการทำลายหรือลัดหรือกระทำโดยวิธีใดๆ ซึ่งไม่ใช่เป็นวิธีการปกติต่อมาตรการป้องกัน

---

[25] Title 17 Chapter 12 S 1201(a)(3)(A) of Digital Millennium Copyright Act of 1998.

[26] Title 17 Chapter 12 S 1201(b)(2)(A) of Digital Millennium Copyright Act of 1998.

[27] June M. Besek, “Anti-circumvention laws and copyright: A report from the Kernochan center for law, media and the arts,” Columbia Journal of law and the arts 57.

ทางเทคโนโลยี เพื่อที่จะเข้าถึงหรือใช้งานที่ได้รับการป้องกัน กล่าวคือ ประการแรกจะต้องมีสิ่งกีดกั้นทางเทคโนโลยี (technological barrier) อยู่ระหว่างผู้ใช้และงานใดๆ และประการที่สองสิ่งกีดกั้นนั้นจะต้องถูกทำลายหรือมีการลัดสิ่งกีดกั้นนั้นก่อนผู้ใช้จึงจะสามารถเข้าถึงหรือใช้งานวัสดุนั้นๆ ได้หากมีสิ่งกีดกั้นทางเทคโนโลยีแต่ผู้ใช้ไม่ได้ทำลายหรือลัดสิ่งกีดกั้นนั้น หากผู้ใช้เพียงแต่กระทำโดยวิธีปกติก็สามารถเข้าถึงหรือใช้งานแก่วัสดุนั้นๆ ได้ย่อมไม่อยู่ในความหมายของการหลีกเลี่ยงมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยี กรณีการใช้รหัสผ่านโดยไม่ได้รับอนุญาตแต่เป็นรหัสผ่านที่ถูกต้อง เช่น การขโมยรหัสผ่านมา ไม่ถือเป็นการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยี ตัวอย่างเช่น

คดี I.M.S. Inquiry Mgmt. Sys., Ltd v. Berkshire คดีนี้โจทก์เป็นบริษัทซึ่งรวบรวมข้อมูลเพื่อการอ่าน ส่วนใหญ่สำหรับผู้จัดพิมพ์และผู้ลงโฆษณา บริการชนิดหนึ่งของโจทก์คือการให้บริการบนเว็บไซต์ซึ่งจะให้เฉพาะลูกค้าที่เป็นสมาชิกเท่านั้นสามารถอ่านนิตยสารได้ทางอินเตอร์เน็ต โดยลูกค้าจะต้องใส่รหัสผ่าน (password) และชื่อผู้ใช้ (username) ที่ถูกต้องจึงจะสามารถใช้บริการได้ จำเลยซึ่งเป็นผู้ให้บริการคู่แข่ง ได้เข้าไปยังเว็บไซต์ของโจทก์และคัดลอกข้อมูลของโจทก์มาเพื่อใช้ในธุรกิจของตนโดยใช้รหัสผ่านและชื่อผู้ใช้ที่ได้รับมาจากบุคคลอื่น ศาลตัดสินว่าระบบรหัสผ่าน (password system) ถือเป็นมาตรการทางเทคโนโลยีที่ได้รับความคุ้มครอง แต่จำเลยไม่ได้เอาชนะ ทำให้เสียหาย หรือหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีใดๆ การใช้รหัสผ่านหรือชื่อผู้ใช้ที่ถูกต้องแม้ว่าจะเป็นการใช้โดยไม่ได้รับอนุญาต ไม่ใช่เป็นการกระทำอันเป็นการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยี

คดี David Egilman V. Keller & Heckman, LLP,et al. คดีนี้โจทก์เป็นแพทย์และกล่าวหาจำเลยว่าได้หลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีที่โจทก์นำมาใช้จำกัดการเข้าถึงงานอันมีลิขสิทธิ์บนเว็บไซต์ของโจทก์ โดยจำเลยได้ใช้รหัสผ่านที่ได้มาโดยไม่ได้รับอนุญาต จำเลยเพียงแต่ใช้รหัสผ่านว่า ‘student’ และชื่อผู้ใช้ว่า ‘brown’ ซึ่งเป็นชื่อที่โจทก์ยอมรับว่าได้สร้างขึ้นมาเพื่อใช้ในการเข้าไปยังคอมพิวเตอร์ของตน

2.2.2 <u>ลักษณะของการหลีกเลี่ยงมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยี</u>

เช่นเดียวกับการกระทำความผิดทางอาญาฐานความผิดอื่นซึ่งนอกจากกฎหมายจะบัญญัติห้ามการกระทำโดยตรงแล้ว กฎหมายยังบัญญัติห้ามการกระทำอันเป็นการตระเตรียมการหรือการสนับสนุนให้เกิดการกระทำความผิดด้วย ความผิดฐานหลีกเลี่ยงมาตรการป้องกันทาง

เทคโนโลยีก็เช่นเดียวกันนอกจากจะบัญญัติห้ามการหลีกเลี่ยงมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีโดยตรงแล้ว กฎหมายบางประเทศยังกำหนดความผิดในการตระเตรียมการให้เกิดการกระทำอันเป็นการหลีกเลี่ยงมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีด้วย เช่น การจำหน่ายอุปกรณ์ที่ใช้ในการหลีกเลี่ยงมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยี ดังนั้น การกระทำอันเป็นการหลีกเลี่ยงมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีจึงอาจจำแนกได้เป็นสองประเภท ได้แก่ การหลีกเลี่ยงมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีโดยตรง (direct act of circumvention) และการจำหน่ายจ่ายโอนเครื่องมือที่ใช้ในการหลีกเลี่ยงมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยี (trafficking of circumventing device) หรือเรียกอีกอย่างหนึ่งว่าการหลีกเลี่ยงมาตรการโดยการกระทำอันเป็นการตระเตรียมการ (preparatory activities)

2.2.2.1 <u>การหลีกเลี่ยงมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีโดยตรง</u>[28]

การหลีกเลี่ยงมาตรการคุ้มครองทางเทคโนโลยีโดยตรง (direct act of circumvention) หมายถึง การกระทำที่ผู้กระทำเป็นผู้ที่ใช้เครื่องมือหรืออุปกรณ์ในการที่จะทำลายหรือลัดสิ่งกีดกั้นนั้นก่อนที่ผู้ใช้จะสามารถเข้าไปยังวัสดุที่ได้รับการป้องกันได้ ลักษณะของการหลีกเลี่ยงโดยตรงนี้นั้น กระทำได้หลายรูปแบบ เช่น

(1) **การถอดสัญญาณ** (Descramble)

การเข้าสัญญาณ (Scrambling) เป็นวิธีการแปลงข้อความที่มาจากตัวส่งสัญญาณ เพื่อจะทำให้ข้อความนั้นไม่สามารถเข้าใจได้ในตัวรับสัญญาณที่ไม่มีอุปกรณ์ที่เหมาะสม การเข้าสัญญาณอาจกระทำโดยการเพิ่มสัญญาณต้นกำเนิด หรืออาจกระทำโดยการเปลี่ยนส่วนประกอบที่สำคัญบางประการของสัญญาณต้นกำเนิด เช่น การเปลี่ยนความถี่แนวตั้งหรือแนวนอน การเข้าสัญญาณแตกต่างจากการเข้ารหัสเนื่องจาก การเข้ารหัสนั้นปกติจะหมายถึงการกระทำกับข้อมูลในรูปแบบดิจิตอล แต่การเข้าสัญญาณโดยทั่วไปจะหมายถึงการกระทำกับ

---

[28] นันทน อินทนนท์, “การคุ้มครองลิขสิทธิ์ในยุคเทคโนโลยีสารสนเทศ” <u>วารสารกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ</u> (2550): 193.

ข้อมูลในรูปแบบอนาล็อก เช่น ข้อมูลสัญญาณถ่ายทอดทางเคเบิ้ลโทรทัศน์ ส่วนความหมายของการถอดสัญญาณ (Descramble) นั้น เช่นเดียวกับการถอดรหัสกล่าวคือ เป็นวิธีการตรงกันข้ามกับการเข้าสัญญาณ โดยเป็นวิธีการที่ทำการเปลี่ยนแปลงข้อมูลที่ได้จากการเข้าสัญญาณ ให้เป็นข้อมูลก่อนที่จะถูกเข้าสัญญาณ โดยใช้อุปกรณ์ที่ใช้ในการถอดสัญญาณ (Descrambler)

(2) **การถอดรหัส** (Decryption)

การเข้ารหัสข้อมูล (Encryption) หมายถึง วิธีการที่ทำการเปลี่ยนแปลงข้อมูลเพื่อไม่ให้สามารถแปลความได้จากบุคคลที่เราไม่ต้องการให้เข้าถึงข้อมูล ส่วนการถอดรหัสข้อมูล จะมีวิธีการที่ตรงกันข้ามกับการเข้ารหัสข้อมูล กล่าวคือการถอดรหัส (Decryption) หมายถึงวิธีการที่ทำการเปลี่ยนแปลงข้อมูลที่ได้จากการเข้ารหัสข้อมูล ให้เป็นข้อมูลก่อนที่จะถูกเข้ารหัส[29] ตัวอย่างการกระทำอันเป็นการถอดรหัส ตัวอย่างเช่น

นายจอห์น โจฮานเซน (John Johansen) เขียนโปรแกรมคอมพิวเตอร์ขึ้นเรียกว่า DeCSS ซึ่งโปรแกรมดังกล่าวทำให้คอมพิวเตอร์ที่ใช้ระบบปฏิบัติการลีนุกซ์ (Lenux) สามารถเล่นดีวีดีได้ เนื่องจากโปรแกรมดังกล่าวใช้ถอดรหัสระบบคละข้อมูล (Contents Scramble System or CSS) ซึ่งอุตสาหกรรมบันเทิงนำมาใช้เพื่อป้องกันภาพยนตร์เผยแพร่ทางเครื่องเล่นดีวีดี นอกจากนี้นายจอห์นได้นำโปรแกรมดังกล่าวออกเผยแพร่ทางอินเตอร์เน็ต จนเขาได้รับสมญาว่า ‘DVD John’

(3) **การกระทำแบบอื่น**

นอกจากการถอดสัญญาณและการถอดรหัสแล้วยังมีการกระทำในรูปแบบอื่น ๆ เช่น การหลีกเลี่ยง (avoid) การลัด (bypass) การเอาออก (remove) การยับยั้ง (deactivate) และการทำให้เสียหาย (impair) ตัวอย่างเช่น

---

[29] จักรกฤษณ์ แร่ทอง, “ความรู้เบื้องต้นของการเข้ารหัสข้อมูล,” [Online] แหล่งที่มา: http://www.nextProject.net[2 กุมภาพันธ์ 2552]

คดี U.S. v. Mynus[30] จำเลยในคดีนี้นายไมนาส ใช้อุปกรณ์ที่เรียกว่าเครื่องทำลายระบบป้องกันการทำสำเนา (Copy guard defeater) ในการเอาระบบป้องกันการทำสำเนาของมาโครวิชั่น (Macrovision's copy guard) ออกจากสำเนาวิดีโอเทปภาพยนตร์ที่ไม่ได้รับอนุญาต โดยระบบป้องกันการทำสำเนาดังกล่าวนี้จะทำให้สำเนาวิดีโอเทปที่ผลิตขึ้นโดยไม่ได้รับอนุญาตเกิดการเปลี่ยนแปลงในเรื่องสี ความสว่าง และความคมชัด คือมีคุณภาพด้อยลง เมื่อนำระบบป้องกันออกไปจากสำเนาวิดีโอเทปแล้วทำให้นายไมนาส สามารถผลิตสำเนาวิดีโอเทปโดยไม่ได้รับอนุญาตเพื่อจำหน่ายโดยสำเนาที่ผลิตยังคงมีคุณภาพเท่าเดิมคดีนี้เป็นตัวอย่างที่แสดงว่าการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีนั้น ไม่จำเป็นต้องใช้กับงานในรูปแบบดิจิตอลเท่านั้น แต่สามารถใช้กับงานในรูปแบบอนาล็อกได้ ดังเช่นวิดีโอเทปเป็นงานที่อยู่ในรูปแบบอนาล็อก

2.2.2.2 <u>การกระทำอันเป็นการตระเตรียมการ</u>[31]

การหลีกเลี่ยงมาตรการโดยการกระทำอันเป็นการตระเตรียมการ (preparatory activities)[32]หรือเรียกอีกอย่างหนึ่งว่าการจำหน่ายจ่ายโอนเครื่องมือที่ใช้ในการหลีกเลี่ยงมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยี (trafficking of circumventing device)[33] หมายถึงผู้กระทำไม่ได้เป็นผู้ใช้เครื่องมือหรืออุปกรณ์ในการหลีกเลี่ยงเทคโนโลยีโดยตรง แต่เป็นผู้จำหน่ายมอบ หรือจัดหาเครื่องมือที่ใช้ในการหลีกเลี่ยงให้แก่บุคคลอื่น ตัวอย่างการกระทำความผิดลักษณะนี้ เช่น

---

[30] U.S. Department Justice United States Attorney Eastern District of California, "Digital Millennium Copyright Act Cases," [online] Available from: http://www.usdog.gov[2008, May 25]

[31] Urs Gasser, "**Legal Frameworks and Technological Protection of Digital Content: Moving Forward Towards a Best Practice Model**," in <u>Berkman center research publication No.2006-04</u>, p.73.

[32] Ibid.

[33] นันทน อินทนนท์, "การคุ้มครองลิขสิทธิ์ในยุคเทคโนโลยีสารสนเทศ" <u>วารสารกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ</u>, หน้า 193.

คดี *United States v.* Fish[34] จำเลยในคดีนี้ได้แก่ David Fish, Chirayu Patel, William Veyna และ Nathaniel Lovell ทั้งหมดเป็นสมาชิกกลุ่มวาเรซ (Warez Groups) ซึ่งเป็นผู้จัดหางานอันมีลิขสิทธิ์ให้แก่กลุ่มวาเรซใต้ดิน งานอันมีลิขสิทธิ์ที่จัดหามานั้นจะถูกใช้เป็นฉบับในการผลิตงานละเมิดลิขสิทธิ์ซึ่งจำหน่ายและให้ดาวน์โหลดผ่านทางอินเตอร์เน็ต สมาชิกของกลุ่มมีหลายระดับ โดยสมาชิกระดับสูงจะเป็นผู้จัดการรักษาเว็บไซต์ และควบคุมการเข้าเว็บไซต์โดยใช้มาตรการรักษาความปลอดภัย เช่น การใช้ชื่อผู้ใช้ (Username) หรือการใช้รหัสผ่าน (Passward) สมาชิกบางส่วนจะเป็นผู้จัดหาอุปกรณ์จำพวกฮาร์ดแวร์ บางส่วนเป็นผู้เขียนรหัส (encoder) หรือเจาะรหัส (cracker) บางส่วนเป็นผู้เขียนโปรแกรม (scripters) สร้างเว็บไซต์ บางส่วนเป็นนายหน้า (broker) ในการหาสมาชิกที่จะเข้าร่วม บางส่วนเป็นผู้จัดหา (supplier) ภาพยนตร์ เกม หรือซอฟท์แวร์สำหรับละเมิดลิขสิทธิ์ และบางส่วนเป็นผู้ลักลอบถ่ายภาพยนตร์ในโรงภาพยนตร์ (cammer)

คดี *United States v. LaMacchina* 871 F. Supp. 535 (D. Mass.1994)[35] จำเลยในคดีนี้ได้ทำการสนับสนุนให้ ผู้ใช้กระดานอิเล็กทรอนิกส์ ที่เรียกว่า Bulletin Board ใช้พื้นที่ในกระดานในการติดประกาศ ข้อความ ความคิดเห็น หรือ งานอื่นๆ งานหรือข้อความเหล่านี้ภายหลังถูกย้ายไปสู่กระดานอิเล็กทรอนิกส์ อีกแห่งหนึ่ง ซึ่งอนุญาตให้ผู้ใช้อื่นสามารถดาวน์โหลดข้อความ หรือ งานที่ติดบนกระดานได้ ข้อเท็จจริงปรากฏว่า สิ่งที่ติด หรือโพส (post or upload) ในที่นี่เป็นซอฟแวร์ที่ไม่รับอนุญาตจากเจ้าของลิขสิทธิ์ในการเผยแพร่ LaMacchina ซึ่งเป็นเจ้าของเว็บไซต์ได้เปิดโอกาสให้ผู้ใช้ทั่วไป ดาวน์โหลดเกมส์อันละเมิดลิขสิทธิ์ดังกล่าว โดยไม่เสียค่าใช้จ่ายแต่อย่างใด เพียงแต่สมาชิกต้องสมัครเพื่อรับพาสเวิร์ดในการเข้าสู่ระบบ (Access requires passwords) ในคดีนี้ ศาลยกฟ้องในประเด็น ความผิดฐานฉ้อโกง ตามกฎหมาย the Federal Wire-Fraud Statute เนื่องจากว่าขาดองค์ประกอบความผิดในทางอาญาในกรณีที่จำเลยไม่มีส่วนได้เสียในผลประโยชน์ทางการเงิน กับการกระทำดังกล่าว อย่างไรก็ตามคดีนี้ จำเลยต้องรับผิดทางอาญาอันเกี่ยวด้วยการละเมิดลิขสิทธิ์ของโจทก์เท่านั้น

---

[34] U.S. Department Justice United States Attorney Eastern District of California. "Digital Millennium Copyright Act Cases," [online]. Available from: http://www.usdog.gov[2008, May 25]

[35] Ibid.

2.3 การป้องกันการกระทำอันเป็นการหลีกเลี่ยงมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยี

ในหัวข้อ 2.4 ผู้เขียนได้อธิบายถึงการกระทำความผิดโดยการหลีกเลี่ยงมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีโดยผู้เขียนได้อธิบายถึงความหมายของการหลีกเลี่ยงมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยี และรูปแบบของการกระทำความผิดดังกล่าว ในหัวข้อนี้จึงเป็นการศึกษาว่าเพื่อป้องกันการกระทำอันเป็นการหลีกเลี่ยงมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยี เจ้าของลิขสิทธิ์ได้ป้องกันการกระทำดังกล่าวเช่นไรดังจะได้อธิบายดังต่อไปนี้

แนวความคิดป้องกันงานของผู้ผลิตนั้น เกิดขึ้นมาพร้อมๆกับการคิดค้นประดิษฐ์นวัตกรรมผลงานต่างๆ ของมนุษย์ ในยุคก่อนเมื่อผลิตคิดค้นสิ่งใดได้ก็จะสืบทอดวิธีการกันภายในครอบครัวเท่านั้น ไม่มีการนำไปเผยแพร่ให้บุคคลภายนอกรับรู้ เช่น ช่างทำดาบที่เชี่ยวชาญในสมัยโบราณจะถ่ายทอดวิธีการให้แก่ลูกหลานเท่านั้น ไม่มีการถ่ายทอดให้กับบุคคลอื่น อย่างไรก็ตามมีบุคคลซึ่งพยายามที่จะล่วงรู้กรรมวิธีลับของบุคคลอื่นเพื่อประโยชน์ของตนเอง เจ้าของจึงต้องแสวงหาวิธีการป้องกันงานที่ตนคิดค้นขึ้นอาจทำโดยทำกันในที่ลับ เช่น ห้องใต้ดินเพื่อไม่ให้คนอื่นล่วงรู้ เขียนหนังสือวิธีการผลิตเก็บไว้ในช่องลับซึ่งคนในครอบครัวเท่านั้นที่รู้ ดังนั้น จึงอาจกล่าวได้ว่าการนำเทคโนโลยีมาใช้เพื่อคุ้มครองงานอันมีลิขสิทธิ์นั้นมีมานานและเกิดขึ้นก่อนที่จะมีกฎหมายให้ความคุ้มครองเสียอีก

เทคโนโลยีที่มีการนำมาใช้กับผลงานของมนุษย์ในยุคต่อมาพัฒนารูปแบบที่มีความซับซ้อนมากยิ่งขึ้น ซึ่งจุดเริ่มต้นของเทคโนโลยีที่มีการพัฒนาขึ้นนี้อาจเกิดขึ้นโดยบังเอิญ ดังเช่น เทคโนโลยีลายน้ำ โดยลายน้ำชิ้นแรกเกิดขึ้นอย่างบังเอิญที่โรงงานผลิตกระดาษในประเทศอิตาลีชื่อโรงงานฟาบริอาโน (Fabriano) โดยแม่พิมพ์ที่ใช้สำหรับรีดน้ำออกจากกระดาษที่เปียกนั้นมีเส้นลวดบางๆ นูนขึ้นมาและกินเข้าไปในเนื้อกระดาษทำให้กระดาษบริเวณนั้นบางกว่าที่อื่น เกิดเป็นเส้นขึ้นในกระดาษซึ่งมองเห็นได้เมื่อส่องดูกับแสงสว่าง จึงเกิดวิธีการว่าหากนำลวดมาทำเป็นลวดลายตามที่ต้องการจะทำให้เกิดลายน้ำขึ้น ดังนั้น ในปี ค.ศ. 1282 จึงมีการผลิตกระดาษลายน้ำขึ้นมาเป็นรูปกากบาท ระยะแรกลายน้ำใช้โดยช่างทำกระดาษเพื่อระบุว่ากระดาษนั้นใครเป็นผู้ผลิต ต่อมามีการใช้บนแสตมป์เพื่อแยกความแตกต่างของแสตมป์รุ่นต่างๆ จนถึงในธนบัตรโดยจะสร้างลายน้ำที่ประณีตซับซ้อนเป็นรูปผู้นำของประเทศลงบนธนบัตรเพื่อให้ปลอมแปลงได้ยาก อย่างไรก็ตาม เทคโนโลยีลายน้ำมีการปลอมแปลงอย่างแพร่หลายและกระทำได้โดยง่ายโดยอาศัยเครื่องมือ

ที่ทันสมัย เริ่มมีการผลิตธนบัตรปลอมเนื่องจากมีเครื่องจักรที่ทันสมัยซึ่งสามารถประดิษฐ์ลายน้ำลงบนธนบัตรได้ใกล้เคียงกับของจริงเป็นอย่างมาก ผู้ผลิตธนบัตรจึงต้องปรับเปลี่ยนลายน้ำให้มีความซับซ้อนมากยิ่งขึ้นเพื่อให้ง่ายต่อการปลอมแปลงในยุคอุตสาหกรรมเพลงและภาพยนตร์ เจ้าของอุตสาหกรรมเพลงและภาพยนต์ได้จำหน่ายสินค้าของตนพร้อมกันกับเทคโนโลยีที่ติดมากับผลงานดังกล่าวเพื่อป้องกันการใช้งานโดยไม่ได้รับอนุญาต เริ่มตั้งแต่ในยุคที่ใช้ข้อมูลอนาล็อก อุตสาหกรรมภาพยนต์ได้ใช้เทคโนโลยีที่เรียกว่า เทคโนโลยีมาโครวิชั่น (macrovision) กับเทปในระบบวีเอชเอส (VHS) ทั้งนี้เทคโนโลยีมาโครวิชั่นจะเชื่อมติดมากับวงจรควบคุมอัตโนมัติในวีซีอาร์ (VCR) ซึ่งจะบิดเบือนสัญญาณและลดคุณภาพของสำเนาที่ถูกสร้างขึ้นโดยไม่ได้รับอนุญาต[36] แม้เทคโนโลยีดังกล่าวนี้จะถูกหลีกเลี่ยงได้โดยบรรดาแฮกเกอร์ แต่ปัจจัยหลักที่เป็นตัวยับยั้งการทำสำเนาในระบบอนาล็อกนี้คือคุณภาพที่ด้อยลงในทุกสำเนาที่ผลิตขึ้นโดยไม่ได้รับอนุญาต [37] เมื่อถึงยุคที่ข้อมูลในระบบอนาล็อกถูกแทนที่ด้วยระบบดิจิตอลซึ่งมีลักษณะเด่นคือ การสร้างสำเนางานสามารถกระทำได้โดยง่ายและจะมีคุณภาพเหมือนกันกับต้นฉบับทุกประการ ดังนั้น เจ้าของอุตสาหกรรมเพลงและภาพยนตร์จึงต้องพัฒนาเทคโนโลยีใหม่มาใช้ป้องกันงานของตน

ต้นปี ค.ศ. 1990 เครื่องเล่นเทปและเครื่องบันทึกเพลงดิจิตอลกำลังจะวางตลาดในสหรัฐอเมริกา อุตสาหกรรรมเพลงพยายามที่จะเลื่อนการวางตลาดดังกล่าวออกไปเนื่องจากความกังวลเกี่ยวกับการทำสำเนาดิจิตอล มีการเจรจากับผู้ผลิตอุปกรณ์อิเล็กทรอนิกส์ การเจรจาเอื้อมถึงจุดสุดท้ายเมื่อมีการออกรัฐบัญญัติสิ่งบันทึกเสียง (the Audio Home Recording Act หรือ AHRA) โดยกฎหมายดังกล่าวกำหนดให้ผู้ผลิตอุปกรณ์อิเล็กทรอนิกส์สำหรับลูกค้า (consumer electronics industry) นำระบบการจัดการสำเนาแบบชุด (the serial copy management system) หรือ SCMS มาใช้ ระบบดังกล่าวยินยอมให้สร้างสำเนางานขึ้นจากสำเนาต้นฉบับซึ่งคือสำเนาถูกขายหรือจำหน่ายพร้อมกับการอนุญาตของผู้ถือสิทธิ หรือที่เรียกว่า “สำเนารุ่นแรก” แต่จะไม่ยินยอมให้สามารถสร้างสำเนางานขึ้นจากสำเนาที่สร้างจากสำเนาต้นฉบับดังกล่าว หรือเรียกว่า “สำเนารุ่นที่สอง”

---

[36] June M. Besek, “Anti-circumvention laws and copyright: A report from the Kernochan center for law, media and the arts,” Columbia Journal of law and the arts 59.

[37] Ibid., p.57.

ต่อมาคอมแพ็คดิสก์ (compact discs) หรือแผ่นซีดี (CDs) ได้รับการพัฒนาขึ้นมาและได้รับความนิยมแทนที่เทปบันทึกเสียง[38] เนื่องมาจากความสามารถในการบันทึกด้วยความจุที่สูงกว่าเทปบันทึกเสียง น้ำหนักเบา แผ่นซีดีที่ได้รับความนิยมขึ้นนี้ไม่มีมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีอย่างใดๆ จึงทำให้เกิดการผลิตสำเนางานโดยไม่ได้รับอนุญาตกันอย่างกว้างขวาง จนกระทั่งในปี ค.ศ. 1998 อุตสาหกรรมเพลงจึงได้นำเทคโนโลยีที่เรียกว่า the secure digital music initiative หรือ SDMI มาใช้ เทคโนโลยีดังกล่าวเป็นการร่วมมือกันระหว่างบริษัทผู้ผลิตสิ่งบันทึกเสียง บริษัทผู้ผลิตเทคโนโลยีและบริษัทผู้ผลิตอุปกรณ์อิเล็กทรอนิกส์สำหรับลูกค้า วัตถุประสงค์คือเพื่อพัฒนาโครงสร้างที่ปลอดภัยในการขนส่งเพลงในรูปแบบดิจิตอล ส่วนของแผนดังกล่าวคือ ให้มีอุปกรณ์ซึ่งดำเนินการตามคำสั่งของเทคโนโลยี SDMI ในการแยกสำเนาซึ่งผลิตโดยไม่ได้รับอนุญาตออก

ในปี ค.ศ. 1999 บริษัทเวอร์แรนซ์ (Verance) ได้นำเอาคุณสมบัติเฉพาะของลายน้ำมาใช้เพื่อทำให้การแยกดังกล่าวเป็นไปอย่างง่ายดายขึ้น ต่อมาเทคโนโลยี SDMI เกิดปัญหาไม่ประสบความสำเร็จเนื่องจากคู่สัญญาไม่สามารถตกลงกันได้ที่จะพัฒนาเฉพาะอุปกรณ์ที่ดำเนินการตามเทคโนโลยี SDMI เท่านั้น กล่าวคือ อุปกรณ์ที่ยินยอมเล่นเฉพาะสำเนาเพลงที่ได้รับอนุญาต แต่ปฏิเสธที่จะเล่นสำเนาที่ไม่ได้รับอนุญาต มีอุปกรณ์เพียงไม่กี่ชิ้นที่ได้รับการพัฒนาในแนวทางนี้ ซึ่งอุปกรณ์เช่นนี้ต้องแข่งขันกับอุปกรณ์อื่นๆ ที่สามารถเล่นได้ทั้งสำเนาเพลงที่ได้รับอนุญาตและไม่ได้รับอนุญาต อีกทั้งมีเพลงเพียงจำนวนเล็กน้อยที่มุ่งไปทางอุปกรณ์ที่ปฏิบัติตามเทคโนโลยี SDMI เท่านั้น ผู้บริโภคจึงไม่มีแรงกระตุ้นที่จะซื้ออุปกรณ์ในลักษณะเช่นนี้ ต่อมาในปี ค.ศ. 2000 นักเจาะระบบประสบความสำเร็จในการเจาะระบบลายน้ำดิจิตอล เทคโนโลยี SDMI จึงเสื่อมลง

ต่อมาบริษัทผู้ผลิตสิ่งหลายแห่ง เริ่มวางตลาดแผ่นซีดีซึ่งมีระบบป้องกันการทำสำเนาโดยจำกัดจำนวนการทำสำเนา เช่น บริษัท ซันคอมม์ (SunnComm) ใช้เทคโนโลยีที่มีชื่อว่า MediaCloq t technology หรือ Media Max CD3, บริษัท แมคโครวิชั่น (Macrovision) ใช้เทคโนโลยีที่มีชื่อว่า SafeAudio t technology, บริษัทมิดบาร์เทคโนโลยี (Midbar Technology) ใช้เทคโนโลยีที่มีชื่อว่า Cactus Data Shield ระบบป้องกันดังกล่าวเหล่านี้ได้สร้างปฏิกิริยาตอบโต้รุนแรงจากผู้บริโภค ผู้บริโภคบางรายนำคดีขึ้นฟ้องร้องต่อศาลว่าผู้ผลิตไม่ได้ติดฉลากบ่งชี้ว่ามีระบบป้องกันดังกล่าวอย่างเป็นธรรม นอกจากนี้ผู้ผลิตซีดีบางรายยังคัดค้านที่จะใช้เครื่องหมายการค้าของตนบนแผ่นซีดีที่มีระบบป้องกันการทำสำเนา

---

[38] Ibid.

ถัดจากยุคที่ซีดีได้รับความนิยม มาถึงยุคที่ดีวีดี (digital versatile discs หรือ DVDs)ได้รับความนิยมอย่างแพร่หลายในอุตสาหกรรมภาพยนตร์ อันเนื่องมาจากความสามารถในการเก็บข้อมูลด้วยความจุที่สูงกว่าและภาพที่ได้มีความคมชัดมากกว่าการเก็บข้อมูลในแผ่นซีดีในระยะแรก อุตสาหกรรมภาพยนต์มีความกังวลใจที่จะวางตลาดภาพยนต์ในรูปแบบดิจิตอลในแผ่นดีวีดีโดยปราศจากกลไกทางเทคโนโลยีในการป้องกันการทำสำเนาและการจำหน่ายจ่ายโอนโดยไม่ได้รับอนุญาต ในที่สุดบริษัทมัทซูชิต้า (Matsushita Electric Industrial Co. Ltd) ร่วมกับบริษัทโตชิบา (Toshiba) ได้พัฒนาเทคโนโลยีที่เรียกว่า Content Scramble System หรือ CSS ภายใต้ความคุ้มครองของกลุ่มผลิตภัณฑ์ทางเทคโนโลยีเพื่อป้องกันการทำสำเนา(Copy Protection Technical Working Group หรือ CPTW) ซึ่งเป็นการรวมกลุ่มของบรรดาสตูดิโอภาพยนตร์ผู้ผลิตอุปกรณ์อิเล็กทรอนิกส์สำหรับลูกค้าและอุตสาหกรรมคอมพิวเตอร์

เทคโนโลยี Content Scramble System ถูกนำมาใช้โดยอุตสาหกรรมภาพยนตร์ โดยการเข้ารหัสข้อมูลที่บรรจุอยู่ในแผ่นดีวีดี มีเพียงอุปกรณ์ที่ได้รับอนุญาตเท่านั้นที่จะสามารถถอดรหัสและเล่นข้อมูลดังกล่าวได้ ผู้ผลิตอุปกรณ์ที่ได้รับอนุญาตจะได้รับอนุญาตให้ฝังกุญแจที่ใช้ปลดล็อกข้อมูลที่มีการเข้ารหัสไว้ โดยข้อมูลจะถูกส่งไปยังอุปกรณ์ที่ได้รับอนุญาตเท่านั้น และโดยทั่วไปอุปกรณ์ที่ได้รับอนุญาตเหล่านี้จะไม่สามารถเล่นสำเนาที่ผลิตโดยไม่ได้รับอนุญาตได้นอกจากนี้เทคโนโลยี Content Scramble System ยังประกอบไปด้วยระบบการเข้ารหัสเขตตามภูมิภาค (geographic region-coding) โดยอุปกรณ์ที่ขายในเขตหนึ่งจะสามารถเล่นได้เฉพาะกับแผ่นดีวีดีที่ได้รับอนุญาตให้เล่นในเขตนั้นเท่านั้น[39] หากเป็นดีดีวีที่ไม่ได้รับอนุญาตให้เล่นในเขตนั้นแม้จะเป็นดีวีดีที่ได้รับมาโดยชอบด้วยกฎหมายก็ไม่สามารถเล่นได้กับอุปกรณ์นั้นๆซึ่งเทคโนโลยีการเข้ารหัสเขตดังกล่าวนี้กลายเป็นประเด็นที่มีการถกเถียงกันในสหรัฐอเมริกาเกี่ยวกับการผูกขาดทางการค้า

อย่างไรก็ตาม ในปี ค.ศ. 1999 นายจอน โจเฮนเซน (Jon Johensen) วัยรุ่นชาวนอร์เวย์ ได้พัฒนาโปรแกรมซึ่งรู้จักกันในนาม DeCSS โปรแกรมนี้ทำหน้าที่ถอดระบบป้องกัน CSS ออกจากแผ่นดีวีดี ทำให้ดีวีดีดังกล่าวสามารถเล่นได้กับเครื่องที่ไม่ได้รับอนุญาต จนในที่สุดกลายคดีขึ้นสู่การพิจารณาของศาล[40] ซึ่งภายหลังจากโปรแกรม DeCSS พัฒนาขึ้นและมีการเผยแพร่ออกไป บริษัทอินเทล (Intel) ไอบีเอ็ม (IBM) มัทซูชิตา (Matsushita) และโตชิบา (Toshiba) ได้ร่วมกันพัฒนาเทคโนโลยีชนิดใหม่ขึ้นมาเรียกว่า Content Protection for Pre-Recorded Media หรือ

---

[39] Ibid.

[40] Ibid., p.60.

CPPM ซึ่งเป็นเทคโนโลยีที่มีรูปแบบของการเข้ารหัสที่ซับซ้อนกว่าระบบ CSS โดยเทคโนโลยีใหม่นี้นำมาใช้เป็นระบบป้องกันในดีวีดีเพลง (DVD Audio)[41]

ปัจจุบันเนื่องจากความก้าวหน้าทางเทคโนโลยีโดยเฉพาะการเผยแพร่ข้อมูลทางอินเตอร์เน็ตเป็นที่นิยมอย่างแพร่หลายธุรกิจหลายชนิดเริ่มดำเนินธุรกิจให้บริการขายสินค้าในระบบออนไลน์ผ่านทางอินเตอร์เน็ต อุตสาหกรรมเพลงก็เช่นเดียวหลายบริษัทเริ่มให้บริการโหลดเพลงดิจิตอลผ่านทางอินเตอร์เน็ตโดยเสียค่าบริการ บริการเผยแพร่เพลงออนไลน์ที่เป็นที่รู้จักมากที่สุด คือ ไอทูนส์ (iTunes) ของบริษัทแอปเปิ้ล (Apple Computer Company) เว็บไซต์ของไอทูนส์รวบรวมเพลงเป็นจำนวนมหาศาลจาก 5 บริษัทเพลงยักษ์ใหญ่ และได้ทำความตกลงกับบริษัทอิสระอีกกว่า 200 แห่ง เพลงที่ดาวน์โหลดจากเว็บไซต์ของไอทูนส์สามารถทำสำเนาไปยังแผ่นซีดีหรือเครื่องเล่นเอ็มพีสาม (MP3) ของบริษัทแอบเปิ้ลที่มีชื่อเรียกว่า ไอพ็อด (iPod) และเพื่อป้องกันไม่ให้เพลงซึ่งดาวน์โหลดดังกล่าวสามารถทำสำเนาขึ้นโดยไม่ได้รับอนุญาต ไอทูนส์ได้ใช้เทคโนโลยีที่เรียกว่า แฟร์เพลย์ (FairPlay) ซึ่งเทคโนโลยีนี้จะยินยอมให้ผู้ใช้ดาวน์โหลดเพลงไปยังเครื่องไอพ็อดใดๆ แต่จำกัดให้ดาวน์โหลดไปยังอุปกรณ์คอมพิวเตอร์เพียงสามเครื่องเท่านั้น และให้ทำสำเนาได้แต่ไม่เกินสิบชุด[42] นอกจากไอทูนส์แล้วบริการเพลงออนไลน์ในลักษณะเช่นนี้ยังมีอีกหลายแห่ง เช่น MusicMatch, Wal-Mart, BuyMusic และ Rhapsody service ซึ่งบริษัทเหล่านี้ต่างนำเทคโนโลยีมาใช้เพื่อป้องกันเพลงจากการละเมิดลิขสิทธิ์

นอกจากนี้ ปัจจุบันธุรกิจการพิมพ์ (book publishing) ยังให้บริการผ่านระบบออนไลน์ด้วยเช่นกัน โดยผู้บริโภคสามารถดาวน์โหลดหนังสืออิเล็กทรอนิกส์ (e-book) ได้จากเว็บไซต์ เช่น อะเมซอน (Amazon.com) อีบุคส์ (eBooks.com) และหนังสืออิเล็กทรอนิกส์ดังกล่าวสามารถอ่านได้จากซอฟแวร์อ่านหนังสืออิเล็กทรอนิกส์ซึ่งมีหลายบริษัทและซอฟแวร์ของบริษัทเหล่านี้ได้นำเทคโนโลยีมาใช้เพื่อป้องกันการละเมิดลิขสิทธิ์เช่นกันโดยจะวางข้อจำกัดเกี่ยวกับการพิมพ์และการทำสำเนาข้อมูลแตกต่างกันไป ขึ้นอยู่กับนโยบายของผู้จัดพิมพ์แต่ละราย เช่น[43]

- อะด็อป (Adobe) ซึ่งเป็นผู้นำในตลาดหนังสืออิเล็กทรอนิกส์ โดยผู้ใช้สามารถดาวน์โหลดซอฟแวร์ชื่อ อะโครแบต รีดเดอร์ (Adobe Acrobat eBook Reader) ได้จากเว็บไซต์ของ

---

[41] Ibid., p.58.

[42] Ibid. p.59.

[43] Ibid., p.61.

บริษัทโดยไม่เสียค่าใช้จ่ายใดๆ เมื่อซอฟแวร์ถูกติดตั้งบนคอมพิวเตอร์ของผู้ใช้ ผู้ใช้จะสามารถซื้อหนังสือจากร้านหนังสืออิเล็กทรอนิกส์และอ่านหนังสือได้โดยตรงผ่านเครื่องคอมพิวเตอร์ ทั้งนี้ซอฟแวร์ของอะด็อปได้วางข้อจำกัดในการพิมพ์และทำสำเนาแตกต่างกันขึ้นอยู่กับนโยบายของผู้จัดพิมพ์แต่ละราย

- เครื่องอ่านของไมโครซอฟ (Microsoft Reader) สามารถดาวน์โหลดได้จากเว็บไซต์ของบริษัทไมโครซอฟได้โดยไม่เสียค่าใช้จ่าย โดยเครื่องอ่านของไมโครซอฟสามารถใช้ได้กับเครื่องคอมพิวเตอร์โน้ตบุ๊คและแล็ปท็อปที่ใช้ระบบปฏิบัติการวินโดว์ ไมโครซอฟกำหนดเงื่อนไขการใช้สิทธิที่ยืดหยุ่นขึ้นอยู่กับผู้จัดพิมพ์แต่ละรายเช่นเดียวกับอะด็อป

- ปาล์มรีดเดอร์ (Palm Reader) เป็นรูปแบบการอ่านหนังสืออิเล็กทรอนิกส์ที่ได้รับความนิยมอีกรูปแบบหนึ่ง เป็นของบริษัทปาล์ม ดิจิตอล มีเดีย (Palm Digital Media) สามารถดาวน์โหลดได้จากเว็บไซต์ของบริษัทโดยไม่เสียค่าใช้จ่าย

การละเมิดลิขสิทธิ์อีกลักษณะในปัจจุบันที่เป็นที่แพร่และสร้างความเสียหายมูลค่ามหาศาลให้แก่เจ้าของงานลิขสิทธิ์คือการนำเทคโนโลยีที่เรียกว่า “ไฟล์แชร์ริ่ง (file Sharing) หรือเพียร์-ทู-เพียร์ (Peer-to-Peer)” โดยการนำไฟล์ข้อมูลเพลงหรือภาพยนตร์ดิจิตอลมาไพสต์ลงในเว็บไซต์ที่ให้บริการดาวน์โหลดข้อมูล (IPS) ไฟล์เพลงที่ดาวน์โหลดจากเว็บไซต์เหล่านี้เป็นไฟล์เพลงที่ไม่ได้รับอนุญาตจากเจ้าของลิขสิทธิ์และเมื่อดาวน์โหลดไปแล้วสามารถนำไปทำสำเนาต่อได้ เว็บไซต์ที่เป็นกรณีศึกษาซึ่งเปิดให้บริการในลักษณะนี้จนนำไปสู่การเรียกร้องให้มีการออกกฎหมายเพื่อคุ้มครองเทคโนโลยีที่ผู้ผลิตนำมาใช้คุ้มครองงานลิขสิทธิ์ ได้แก่ แนปสเตอร์ ดอท คอม (www.napster.com) โดยบริษัทแนปสเตอร์ได้ประดิษฐ์โปรแกรมคอมพิวเตอร์ขึ้นและเผยแพร่ไปทางอินเตอร์เนต โปรแกรมดังกล่าวช่วยให้สามารถดาวน์โหลดไฟล์เพลงจากอินเตอร์เนตและแลกเปลี่ยนจากผู้เล่นคนหนึ่งไปยังผู้เล่นคนอื่นๆต่อไปได้โดยผ่านทางเว็บไซต์ที่ชื่อว่า แนปสเตอร์ ดอท คอม (www. napster.com) ซึ่งการกระทำดังกล่าวนี้ไม่ได้รับอนุญาตจากเจ้าของลิขสิทธิ์ ต่อมาแนปสเตอร์ถูกฟ้องร้องโดยกลุ่มอุตสาหกรรมเพลงในข้อหา กระทำการอันเป็นการอำนวยความสะดวกหรือสนับสนุนให้เกิดการละเมิดลิขสิทธิ์ซึ่งศาลตัดสินว่าแนปสเตอร์มีความผิดจริง

เห็นได้ว่าระหว่างเจ้าของลิขสิทธ์และแฮกเกอร์มีการต่อสู้กันอยู่ตลอดมานับตั้งแต่โปรแกรมคอมพิวเตอร์ถูกประดิษฐ์คิดค้นขึ้นเกิดขึ้น การต่อสู้ของทั้งสองฝ่ายมีวิวัฒนาการเรื่อยมา เจ้าของลิขสิทธิ์พัฒนาการต่อสู้ของตนเองตลอดเวลาเพื่อที่จะรักษาผลประโยชน์ของตนไว้ โดยพยายาม

คิดค้นมาตรการทางเทคโนโลยีที่ดีที่สุดเพื่อคุ้มครองงานลิขสิทธิ์ของตน ขณะเดียวกันบรรดาแฮกเกอร์หรืออาชญากรก็พัฒนาตนเอง โดยใช้วิธีการที่จะหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีนั้นๆ ทุกรูปแบบเพื่อที่จะตักตวงผลประโยชน์จากอีกฝ่าย ดังนั้น นอกจากการใช้มาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีแล้ว จึงมีการนำมาตรการทางกฎหมายมาใช้เพื่อป้องกันการละเมิดลิขสิทธิ์ควบคู่ไปด้วย ดังจะได้อธิบายในหัวข้อต่อไป

2.4 ความจำเป็นในการบัญญัติให้การหลีกเลี่ยงมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีเป็นความผิด

ในบทนี้จะเป็นการศึกษาเกี่ยวกับความจำเป็นที่ทำให้ประเทศต่างๆ รวมทั้งประเทศไทยต้องบัญญัติให้การกระทำอันเป็นการหลีกเลี่ยงมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีเป็นความผิดทางอาญา โดยในส่วนแรกผู้เขียนจะได้อธิบายให้เห็นถึงวิวัฒนาของการใช้กฎหมายในการให้ความคุ้มครองแก่งานอันมีลิขสิทธิ์ซึ่งจะแสดงให้เห็นตั้งแต่แรกเริ่มที่มีการนำกฎหมายมาใช้คุ้มครองลิขสิทธิ์จนกระทั่งความคิดวิวัฒนาการจนนำไปสู่การให้ความคุ้มครองแก่มาตรการป้องกันทางเทคโนโลยี ส่วนที่สองจะอธิบายถึงทฤษฎีทางอาญาที่นำมาใช้ในการกำหนดให้การกระทำอันเป็นการหลีกเลี่ยงมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีเป็นความผิด และในส่วนสุดท้ายเป็นเหตุผลและความจำเป็นในด้านต่างๆ ที่จะต้องกำหนดฐานความผิดในการหลีกเลี่ยงมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยี

2.4.1 วิวัฒนาการของการใช้กฎหมายเพื่อคุ้มครองงานอันมีลิขสิทธิ์

การใช้มาตรการทางกฎหมายเพื่อคุ้มครองลิขสิทธิ์เกิดขึ้นครั้งแรกในประเทศอังกฤษ โดยกฎหมายลิขสิทธิ์ฉบับแรกเกิดเมื่อมีการประดิษฐ์เครื่องพิมพ์ โดยประเทศอังกฤษได้ออกกฎหมายซึ่งอาจถือได้ว่าเป็นกฎหมายลิขสิทธิ์ฉบับแรกเพื่อให้สิทธิแก่ผู้พิมพ์และจำหน่ายหนังสือ กฎหมายฉบับดังกล่าวเรียกว่า The Statute of Ann 1709 กฎหมายฉบับนี้ให้ผู้พิมพ์และ

จำหน่ายหนังสือมีสิทธิแต่เพียงผู้เดียวในการทำซ้ำและจำหน่าย[44] ดังนั้น จุดเริ่มต้นของการให้ความคุ้มครองแก่ลิขสิทธิ์จึงเป็นการให้ความคุ้มครองแก่งานประเภทวรรณกรรม

ต่อมาแนวคิดในการคุ้มครองลิขสิทธิ์ได้ขยายขอบเขตออกไปสู่ประเทศต่างๆ ขณะเดียวกันยังขยายการคุ้มครองไปสู่งานประเภทอื่นๆ นอกจากงานวรรณกรรมด้วย โดยหลายประเทศเห็นว่าควรมีการพัฒนาการคุ้มครองลิขสิทธิ์ให้กว้างขวางยิ่งขึ้นเพื่อให้สอดคล้องกับสภาพสังคมโลกและการพัฒนาอย่างรวดเร็วของเทคโนโลยี รวมทั้งเพื่อสร้างบรรทัดฐานการคุ้มครองลิขสิทธิ์ให้เป็นไปในแนวทางเดียวกัน จนในที่สุดนำไปสู่การจัดทำสนธิสัญญากรุงเบอร์นว่าด้วยการคุ้มครองงานวรรณกรรมและศิลปกรรม (Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Work) ขึ้น ณ กรุงเบอร์น ประเทศสวิตเซอร์แลนด์ ในปี ค.ศ. 1886 สนธิสัญญาดังกล่าวนี้กำหนดถึงประเภทของงานลิขสิทธิ์ที่ประเทศสมาชิกจะต้องให้ความคุ้มครอง รวมทั้งหลักการพื้นฐานอื่นๆ เช่น การได้มาซึ่งงานลิขสิทธิ์ อายุการคุ้มครองงานลิขสิทธ์ เป็นต้น อนุสัญญากรุงเบอร์นได้รับการปรับปรุงแก้ไขขึ้นอีกหลายครั้ง ปัจจุบันมีจำนวนสมาชิก 159 ประเทศ

นอกจากอนุสัญญากรุงเบอร์นแล้ว อนุสัญญาอีกฉบับที่ให้ความคุ้มครองลิขสิทธิ์ได้แก่ ข้อตกลงว่าด้วยการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวกับการค้า (Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights Agreement หรือ TRIPs) ซึ่งในประเด็นเกี่ยวกับการคุ้มครองลิขสิทธิ์นั้นข้อตกลงทริปส์ได้ให้การรับรองหลักการทั่วไปของอนุสัญญากรุงเบอร์น โดยกำหนดให้สมาชิกจะต้องปฏิบัติตามข้อ 1 ถึง 21 ของอนุสัญญากรุงเบอร์น และภาคผนวกแนบท้าย นอกจากนี้ ข้อตกลงทริปส์ได้กำหนดความคุ้มครองเพิ่มเติมโดยให้ความคุ้มครองโปรแกรมคอมพิวเตอร์ในฐานะเป็นงานวรรณกรรมประเภทหนึ่ง และให้สิทธิในการเช่าแก่เจ้าของลิขสิทธิ์ในงานโปรแกรมคอมพิวเตอร์ ภาพยนตร์ และสิ่งบันทึกเสียงด้วย

นอกจากนี้ ข้อตกลงทริปส์ยังบัญญัติให้ความคุ้มครองแก่สิทธิข้างเคียง (Neighboring Right) นอกเหนือไปจากอนุสัญญากรุงเบอร์น โดยให้ความคุ้มครองแก่สิทธิของนักแสดง (Right of performers) สิทธิของผู้ผลิตสิ่งบันทึกเสียง (Right of producersof Phonograms) และสิทธิขององค์การแพร่เสียงแพร่ภาพ (Right of broadcasting organizations) เนื่องจากเห็นว่าบุคคลเหล่านี้จำเป็นต้องอาศัยการลงทุนและใช้ความรู้ในเชิงธุรกิจ จึงควรได้รับการตอบแทนในรูปของสิทธิในการแสวงหาผลกำไรซึ่งจะทำให้เกิดการเผยแพร่ให้กว้างขวางยิ่งขึ้น การ

---

[44] ธัชชัย ศุภผลศิริ, กฎหมายลิขสิทธิ์, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2544), หน้า 2-3.

คุ้มครองสิทธิข้างเคียงไม่ได้ให้ความสำคัญแก่ผู้สร้างสรรค์ แต่เป็นการคุ้มครองการลงทุนในการเผยแพร่งานออกสู่สาธารณชน หลักการนี้ถูกกำหนดไว้ในอนุสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยการคุ้มครองนักแสดง ผู้ผลิตสิ่งบันทึกเสียง และองค์การแพร่เสียงแพร่ภาพ (International Convention for the Protection of performers, producers of Phonograms and Broadcasting Organizations) หรืออนุสัญญากรุงโรม ค.ศ. 1971 อย่างไรก็ตาม ข้อตกลงทริปส์ไม่ได้กำหนดว่าสมาชิกจะต้องผูกพันตามอนุสัญญากรุงโรมดังที่กำหนดไว้เช่นเดียวกับอนุสัญญากรุงเบอร์น แต่ได้นำสาระสำคัญในอนุสัญญากรุงโรมมาบัญญัติไว้ให้ผูกพันสมาชิก[45]

ต่อมาแนวความคิดในการให้ความคุ้มครองลิขสิทธิ์พัฒนาก้าวหน้าขึ้นเป็นลำดับจนในที่สุดได้มีการให้ความคุ้มครองรูปแบบใหม่อันเนื่องมาจาความเจริญก้าวหน้าทางเทคโนโลยี นั่นคือการให้ความคุ้มครองแก่มาตรการป้องกันทางเทคโนโลยี อาจกล่าวได้ว่าเป็นการให้ความคุ้มครองแก่ลิขสิทธิ์ทางอ้อม โดยเป็นการให้ความคุ้มครองเครื่องมือที่ใช้ในการละเมิดลิขสิทธิ์อีกทีหนึ่ง โดยกฎหมายที่ให้ความคุ้มครองมาตรการทางเทคโนโลยีในระดับระหว่างประเทศได้แก่ สนธิสัญญาลิขสิทธิ์ขององค์กรทรัพย์สินทางปัญญา (WIPO Copyright Treaty หรือ WCT) สนธิสัญญาดังกล่าวเป็นหนึ่งในสนธิสัญญาเกี่ยวกับอินเตอร์เน็ตขององค์กรทรัพย์สินทางปัญญา (WIPO Internet treaties) ซึ่งประกอบด้วย 2 สนธิสัญญา ได้แก่ สนธิสัญญาลิขสิทธิ์ (WIPO Copyright Treaty หรือ WCT) และ สนธิสัญญาว่าด้วยการแสดงและสิ่งบันทึกเสียง (WIPO Performances and Phonograms Treaty หรือ WPPT) โดยบัญญัติอยู่ในข้อ 11 ของสนธิสัญญาลิขสิทธิ์ และข้อ 18 ของสนธิสัญญาว่าด้วยการแสดงและสิ่งบันทึกเสียง ทั้งนี้คำจำกัดความของมาตรการทางเทคโนโลยีบัญญัติอยู่ในข้อ 11 ของสนธิสัญญาลิขสิทธิ์ ดังนี้

ในปี ค.ศ. 2001 สหภาพยุโรปมีมติเห็นชอบในการจัดทำกฎเกณฑ์การทำให้กฎหมายเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันของสหภาพยุโรปว่าด้วยเรื่องลิขสิทธิ์และสิทธิข้างเคียงในสังคมแห่งข้อมูลข่าวสาร (The Directive on the harmonization of certain aspects of copyright and related right in the information society หรือ Copyright Directive หรือ EUCD) มีผลบังคับใช้เมื่อวันที่ 22 มิถุนายน ค.ศ. 2001 เจตนารมณ์ของแนวทางดังกล่าวมีสองประการ ประการแรกคือเพื่อผสมผสานแบบแผนเกี่ยวกับกฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศสมาชิกของสหภาพยุโรปซึ่งยังคงมีความแตกต่างกันในขณะนั้นทำให้เป็นอุปสรรคต่อตลาดเดี่ยว (single market) ของสหภาพยุโรป

---

[45] จักรกฤษณ์ ควรพจน์, กฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยลิขสิทธิ์ สิทธิบัตร และเครื่องหมายการค้า, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2545) หน้า 131.

และไม่เหมาะสมกับยุคข้อมูลข่าวสาร เจตนารมณ์อีกประการคือเพื่อรองรับสนธิสัญญาขององค์กรทรัพย์สินทางปัญญาระหว่างประเทศ (WIPO) ที่จะต้องนำมาบังคับใช้เป็นกฎหมายภายใน[46] ทั้งนี้มีบทบัญญัติในการให้ความคุ้มครองแก่มาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีด้วย กฎหมายนี้ไม่ใช่กฎหมายซึ่งมีสภาพบังคับ แต่เป็นแนวทางในการออกกฎหมายภายในของสหภาพยุโรปซึ่งประเทศสมาชิกจะต้องอนุวัตรการภายในเวลาที่กำหนด

สนธิสัญญาลิขสิทธิ์ขององค์กรทรัพย์สินทางปัญญาและกฎเกณฑ์การทำให้กฎหมายเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันของสหภาพยุโรปว่าด้วยเรื่องลิขสิทธิ์และสิทธิข้างเคียงในสังคมแห่งข้อมูลข่าวสารดังกล่าวเป็นแนวทางให้ประเทศต่างๆ ทั่วโลกซึ่งเป็นภาคีสมาชิกรับเอาแนวทางในการให้ความคุ้มครองแก่มาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีไปใช้โดยบัญญัติเป็นกฎหมายภายในของแต่ละประเทศ จึงเกิดการให้ความคุ้มครองทางกฎหมายแก้มาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีอย่างแพร่หลาย ทั้งนี้ ประเทศต่างๆ ซึ่งรับเอาหลักการของสนธิสัญญาไปใช้อาจมีรายละเอียดในการให้ความคุ้มครองแตกต่างกันขึ้นอยู่กับความเหมาะสมของแต่ละประเทศดังจะได้อธิบายให้เห็นในบทต่อไป

2.4.2 <u>ทฤษฎีทางอาญาในการกำหนดความผิดเกี่ยวกับการหลีกเลี่ยงมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยี</u>

เมื่อทราบถึงลักษณะของการกระทำอันเป็นการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีแล้ว ในการพิจารณาว่าการกระทำอันเป็นการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีสมควรจะเป็นความผิดทางอาญาหรือไม่ และหากสมควรให้บัญญัติให้เป็นความผิดอาญาแล้วควรจะมีขอบเขตเพียงใดนั้น มีความจำเป็นที่จะต้องเข้าใจถึงลักษณะหรือหลักการทางกฎหมายอาญาที่เกี่ยวข้องด้วยเหตุนี้หัวข้อที่จะพิจารณาในหัวข้อนี้นี้จึงจะอธิบายถึงทฤษฎีทางอาญาที่เกี่ยวข้อง และเป็นเหตุผลและความจำเป็นในการกำหนดการกระทำความผิด ตลอดจนผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นจากการบัญญัติให้การกระทำดังกล่าวเป็นความผิด

---

[46] Michael Girsberger and Urs Gasser, "Transposing the Copyright Directive:Legal Protection of Technological Measures in EU-Member States," in <u>Berkman working paper No.2004-10,</u> (United Stetes: 2004), p.7.

2.4.2.1 <u>ทฤษฎีว่าด้วยวัตถุประสงค์ของการลงโทษทางอาญา</u>

ประมวลกฎหมายอาญามาตรา 18 กำหนดบทลงโทษแก่ผู้กระทำความผิดไว้ 5 ประเภท ได้แก่ ประหารชีวิต จำคุก กักขัง ปรับ และริบทรัพย์สิน โดยบทลงโทษเหล่านี้แม้จะมีลักษณะแตกต่างกันแต่ก็มีวัตถุประสงค์ต่างๆร่วมกัน ได้แก่ (1) เพื่อยับยั้งการกระทำความผิด (2) เพื่อแก้แค้นผู้กระทำความผิด (3) เพื่อตัดผู้กระทำผิดออกจากสังคม (4) เพื่อแก้ไขผู้กระทำความผิด และ (5) เพื่อสร้างจิตสำนึก ในบรรดาวัตถุประสงค์ทั้ง 5 ประการนี้ วัตถุประสงค์ที่เกี่ยวข้องกับการกำหนดความผิดเกี่ยวกับการใช้เทคโนโลยีเพื่อหลีกเลี่ยงเทคโนโลยีป้องกันการละเมิดลิขสิทธิ์นั้นคือ เพื่อยับยั้งการกระทำความผิด และเพื่อสร้างจิตสำนึก ทฤษฎีทั้งสองสามารถอธิบายได้ดังนี้

(1) วัตถุประสงค์ที่ว่าด้วยยับยั้งการกระทำความผิด วัตถุประสงค์ในการลงโทษทางอาญาข้อนี้เป็นการลงโทษเพื่อที่ยับยั้งไม่ให้เกิดการกระทำความผิดขึ้น โดยอาจจำแนกได้ 2 ประเภท คือ

- การยับยั้งโดยทั่วไป (general deterent) เป็นการยับยั้งเพื่อไม่ให้ผู้อื่นเอาเป็นเยี่ยงอย่าง เป็นการยับยั้งไม่ให้ผู้อื่นกระทำความผิดเช่นเดียวกันนั้นอีก

- การยับยั้งแบบพิเศษ (special deterant) เป็นการลงโทษเพื่อยับยั้งตัวบุคคลผู้กระทำความผิดนั้นเองไม่ให้กระทำความผิดขึ้น

(2) วัตถุประสงค์ที่ว่าด้วยการสร้างจิตสำนึก (conciousness)[47] เหตุผลสำคัญประการหนึ่งในการกำหนดให้การกระทำใดเป็นความผิดทางอาญาและได้รับโทษนั้น คือต้องการให้บทลงโทษนั้นมีผลในการยับยั้งไม่ให้เกิดการกระทำความผิดขึ้นอีกไม่ว่าจะเป็นการยับยั้งไม่ให้ตัวบุคคลผู้กระทำความผิดนั้นกระทำความผิดซ้ำอีก หรือยับยั้งไม่ให้บุคคลอื่นกระทำความผิด การกำหนดให้การหลีกเลี่ยงมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีเป็นการกระทำความผิดนั้นวัตถุประสงค์ก็เพื่อยับยั้งไม่ให้เกิดการกระทำความผิดขึ้น โดยเป็นการยับยั้งไม่ให้ผู้กระทำความผิดนั้นกระทำความผิดซ้ำอีก และยังยับยั้งไม่ให้บุคคลอื่นกระทำความผิดเช่นเดียวกัน นอกจากนี้วัตถุประสงค์ที่สำคัญที่สุดในการป้องกันไม่ให้เกิดการกระทำที่เกี่ยวข้องกับการละเมิดลิขสิทธิ์นั้น

---

[47] ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ์, <u>กฎหมายอาญา: หลักและปัญหา</u>, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติธรรม , 2544), หน้า 351.

คือต้องการสร้างจิตสำนึกแก่ผู้กระทำความผิด ทั้งนี้เพราะการป้องการกระทำความผิดที่ได้ผลดีที่สุดคือการสร้างจิตสำนึกให้กับผู้กระทำผิดนั่นเอง

2.4.2.2 <u>ทฤษฎีที่ว่าด้วยการกำหนดความผิดอาญา</u>

ทฤษฎีนี้อธิบายว่าในการจะกำหนดว่าการกระทำอย่างไรควรจะเป็นความผิดทางอาญาหรือไม่นั้น สิ่งที่จะต้องพิจารณาเป็นอันดับแรกคือหลักเกณฑ์ในการกำหนดความผิดอาญา กล่าวคือ พิจารณาว่ารัฐมีหลักเกณฑ์อย่างไรในการกำหนดว่าการกระทำหรือไม่กระทำอย่างไรควรจะเป็นความผิดทางอาญา

เมื่อพิจารณาบรรดาฐานความผิดที่มีในกฎหมายอาญา พบว่าอย่างน้อยที่สุดกฎหมายอาญานั้นประสงค์ที่จะให้บรรลุถึงวัตถุประสงค์ 13 ประการ ดังนี้[48]

(1) คุ้มครองป้องกันบุคคล (หรือในบางครั้งรวมทั้งสัตว์ด้วย) จากการกระทำโดยเจตนาอันโหดเหี้ยมทารุณ หรือจากการกระทำทางเพศด้วยวิธีการไม่พึงประสงค์ต่างๆ

(2) คุ้มครองป้องกันบุคคลจากภัยบางประการซึ่งเกิดจากการกระทำโดยไม่เจตนา (เช่น ภัยบนท้องถนน ภัยจากยาพิษ หรือโรคระบาด เป็นต้น)

(3) คุ้มครองป้องกันกลุ่มบุคคลซึ่งอาจถูกชักจูงให้หลงผิดได้โดยง่าย (เช่น ผู้เยาว์ หรือบุคคลวิกลจริต) จากการทำร้าย กดขี่ข่มเหง หรือขูดรีด ที่จะเกิดขึ้นแก่บุคคลหรือทรัพย์สินของบุคคลเหล่านั้น

(4) ป้องกันการกระทำซึ่งเป็นเรื่องส่วนตัวของบุคคลซึ่งเป็นผู้ใหญ่ และบุคคลนั้นยินยอมต่อการกระทำนั้นแล้ว แต่ถือว่าการกระทำนั้นผิดธรรมชาติ (เช่น การร่วมประเวณีระหว่างพี่น้องท้องเดียวกัน การมีความสัมพันธ์ทางเพศผิดปกติ)

---

[48] Nigel Walker, <u>Punishment, danger, and stigma</u> , อ้างถึงใน สมพร สมุทรคุณ, <u>โทษอาญาฐานละเมิดลิขสิทธิ์ : ศึกษาฐานความผิดและความเหมาะสมของโทษ</u>, (วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2539), หน้า 24-25.

(5) ป้องกันการกระทำบางอย่างซึ่งอาจกระทบกระเทือนจิตใจบุคคลอื่นอย่างรุนแรงหากการกระทำนั้นกระทำขึ้นท่ามกลางสาธารณชน (เช่น กล่าววาจาผรุสวาท)

(6) ป้องกันพฤติกรรมบางอย่างซึ่งอาจยั่วยุให้เกิดความไม่สงบขึ้นในหมู่ประชาชน

(7) คุ้มครองป้องกันทรัพย์สินของบุคคลจากการลักขโมย การฉ้อโกง หรือการทำให้เสียทรัพย์

(8) ป้องกันความไม่สะดวกสบายต่างๆ (เช่น การกีดขวางการจราจร ปิดกั้นทางสาธารณะ)

(9) เพื่อการเก็บภาษีอากร (เช่น การมีรถยนต์ไว้ในครอบครองโดยไม่มีทะเบียน)

(10) เพื่อความมั่นคงของรัฐ

(11) เพื่อบังคับให้เกิดความกรุณาที่จำเป็น (เช่น การไม่ส่งเด็กไปโรงเรียนเมื่อถึงเกณฑ์บังคับให้เรียน ไม่ช่วยเหลือผู้ตกอยู่ในอันตราย)

(12) เพื่อป้องกันรักษาไว้ซึ่งสถาบันทางสังคม (เช่น สถาบันพระมหากษัตริย์)

(13) เพื่อบังคับใช้วิธีการต่างๆ ที่จะทำให้วัตถุประสงค์ทุกข้อข้างต้นบรรลุผล (เช่น การขัดคำสั่งเจ้าพนักงาน การให้การเท็จ)

วัตถุประสงค์ทั้ง 13 ข้อนี้ ถูกนำมาเป็นแนวทางในการบัญญัติว่าการกระทำอย่างไรควรจะกำหนดให้เป็นความผิดทางอาญา ซึ่งเมื่อพิจารณาแล้ววัตถุประสงค์ที่เกี่ยวข้องกับการกำหนดความผิดอาญาว่าด้วยการใช้เทคโนโลยีเพื่อหลีกเลี่ยงเทคโนโลยีป้องกันการละเมิดลิขสิทธิ์นั้น ได้แก่ วัตถุประสงค์ข้อ 7 และวัตถุประสงค์ข้อ 10 ดังจะได้อธิบายดังนี้

การคุ้มครองลิขสิทธิ์เป็นการคุ้มครองสิทธิในทางเศรษฐกิจซึ่งเป็นสิทธิที่จะได้รับผลตอบแทนที่เป็นธรรมจากการที่มีผู้นำงานอันมีลิขสิทธิ์ไปใช้ประโยชน์ เป็นการคุ้มครองสิทธิที่เป็นรูปธรรมโดยการรับรองสิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์ตามกฎหมายอย่างเช่นทรัพย์สินอื่น

ทั่วๆไป โดยผู้สร้างสรรค์งานหรือเจ้าของลิขสิทธิ์ได้รับผลตอบแทนในรูปของค่าแห่งลิขสิทธิ์[49] ดังนั้น การกำหนดให้การใช้เทคโนโลยีเพื่อหลีกเลี่ยงเทคโนโลยีป้องกันการละเมิดลิขสิทธิ์เป็นความผิดซึ่งเป็นการให้ความคุ้มครองสิทธิในลิขสิทธิ์โดยทางอ้อม จึงเปรียบเสมือนการให้ความคุ้มครองทรัพย์สินของบุคคลจากการลักขโมย การฉ้อโกง หรือทำให้เสียทรัพย์ ซึ่งตรงกับวัตถุประสงค์ในข้อ 7 การบัญญัติความผิดทางอาญาว่าด้วยการใช้เทคโนโลยีเพื่อหลีกเลี่ยงเทคโนโลยีป้องกันการละเมิดลิขสิทธิ์ จึงเป็นการตอบสนองต่อวัตถุประสงค์ที่ต้องการจะคุ้มครองป้องกันทรัพย์สินของบุคคลซึ่งในที่นี้ก็คือสิทธิในลิขสิทธิ์นั่นเอง

ส่วนวัตถุประสงค์ในข้อที่ 10 นั้น เนื่องจากการละเมิดลิขสิทธิ์ก่อให้เกิดความเสียหายแก่เจ้าของลิขสิทธิ์เป็นมูลค่ามหาศาล เกี่ยวข้องกับความไว้เนื้อเชื่อใจในการประกอบธุรกิจการค้ากับต่างประเทศ การละเมิดลิขสิทธิ์จึงมีผลกระทบต่อความมั่นคงของระบบเศรษฐกิจของประเทศ ดังนั้น การให้ความคุ้มครองต่อเทคโนโลยีซึ่งเจ้าของงานอันมีลิขสิทธิ์นำมาใช้เพื่อปกป้องงานอันมีลิขสิทธิ์ของตน เท่ากับเป็นการคุ้มครองความมั่นคงของรัฐในด้านเศรษฐกิจ ซึ่งตอบสนองต่อวัตถุประสงค์ข้อที่ 10 นั่นเอง

2.4.3 <u>เหตุผลและความจำเป็นในการกำหนดให้การหลีกเลี่ยงมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีเป็นความผิด</u>

ในหัวข้อนี้ผู้เขียนจะอธิบายถึงเหตุผลและความจำเป็นในการที่จะต้องกำหนดให้การหลีกเลี่ยงมาตรการป้องกันเป็นความผิด

2.4.3.1 <u>เหตุผลเกี่ยวกับความเจริญก้าวหน้าทางเทคโนโลยี</u>

สาเหตุหลักที่ทำให้เกิดการละเมิดลิขสิทธิ์มากขึ้น ได้แก่ (1) เทคโนโลยีสมัยใหม่ ช่วยให้สามารถกระทำได้ง่ายขึ้น กล่าวคือ ก) การแผ่นซีดีสามารถกระทำได้โดยลำพังคนเดียวในห้องเช่าเล็กๆ ไม่จำเป็นต้องสร้างโรงงานใหญ่เหมือนเดิม ซึ่งเพียงไม่กี่ปีมานี้ต้องใช้เครื่อง

---

[49] กอบชัย ชูโต, “ประสิทธิภาพในการบังคับใช้โทษอาญาตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์,” (วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย 2546), หน้า 17.

ปั้มซีดีที่มีมูลค่าอย่างน้อย 1 ล้านดอลลาร์สหรัฐ ข) การตั้งศูนย์แลกเปลี่ยนเพลงในอินเทอร์เน็ตที่ไม่ได้แสวงหากำไร ได้ขยายตัวไปทั่วโลก ค) ผลผลิตที่ได้ไม่ต่างกับของแท้นัก (2) มีราคาสูงหรือขายได้ราคาคุ้มค่ากับที่ลงทุนเสี่ยง (3) มีความต้องการสูง[50]

ดังได้กล่าวมาแล้วข้างต้นว่าแม้เจ้าของลิขสิทธิ์จะได้นำมาตรการทางเทคโนโลยีมากมายมาใช้เพื่อป้องกันการละเมิดลิขสิทธิ์ แต่บรรดาแฮกเกอร์มักจะประสบความสำเร็จในการหลีกเลี่ยงเทคโนโลยีที่นำมาใช้นั้น ทั้งนี้เนื่องมาจากความก้าวหน้าทางเทคโนโลยีเป็นแรงจูงใจให้เกิดการกระทำผิด เนื่องจากเทคโนโลยีทำให้มีต้นทุนการผลิตต่ำจึงมีกำไรสูง

นอกจากนี้ปัจจัยสำคัญประการหนึ่งคือ ความก้าวหน้าทางเทคโนโลยีเป็นตัวช่วยทำให้การละเมิดลิขสิทธิ์เกิดได้โดยง่ายเพราะผู้กระทำความผิดมีเทคโนโลยีใหม่ๆ ที่สามารถนำมาใช้ในการหลีกเลี่ยงมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีดังจะเห็นได้จากตัวอย่างข้างต้นว่าเทคโนโลยีที่เจ้าของลิขสิทธิ์พัฒนาขึ้นมาเพื่อใช้ป้องกันการละเมิดลิขสิทธิ์นั้นในไม่ช้าจะมีผู้ซึ่งสามารถคิดค้นเทคโนโลยีเพื่อหลีกเลี่ยงได้สำเร็จ ดังนั้น การให้ความคุ้มครองแก่มาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีโดยการบัญญัติความผิดสำหรับผู้กระทำการหลีกเลี่ยงมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีจึงเป็นการช่วยป้องกันการละเมิดลิขสิทธิ์ได้ทางหนึ่ง ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าการให้ความคุ้มครองมาตรการทางเทคโนโลยีซึ่งเป็นเครื่องมือที่ใช้ป้องกันการละเมิดลิขสิทธิ์นั้น ไม่แตกต่างจากกรณีที่ประมวลกฎหมายอาญาบัญญัติเพิ่มโทษการลักทรัพย์โดยการทำอันตรายสิ่งกีดกั้นสำหรับคุ้มครองบุคคลหรือทรัพย์[51] อันเป็นการให้ความคุ้มครองเครื่องมือหรือวิธีการที่เจ้าของกรรมสิทธิ์นำมาใช้ปกป้องทรัพย์สินของตนเอง

---

[50] อนุช อาภาภิรมย์, “เศรษฐกิจใต้ดิน: การงอกงามใต้ร่มเงาโลกาภิวัฒน์,” มติชนสุดสัปดาห์ 24, 3 (พฤศจิกายน 2546): 29-30.

[51] ประมวลกฎมายอาญา มาตรา 335 บัญญัติว่า ผู้ใดลักทรัพย์... (3) โดยการทำอันตรายสิ่งกีดกั้นสำหรับคุ้มครองบุคคลหรือทรัพย์ หรือโดยผ่านสิ่งเช่นว่านั้นเข้าไปด้วยประการใดๆ...

2.4.3.2 <u>เหตุผลและความจำเป็นในทางระหว่างประเทศ</u>

ดังได้กล่าวมาแล้วว่าเทคโนโลยีที่ก้าวหน้าล้ำสมัย ก่อให้เกิดการละเมิดลิขสิทธิ์ในลักษณะที่สร้างความเสียหายแก่เจ้าของลิขสิทธิ์อย่างมหาศาลจนยากที่จะควบคุมได้ เจ้าของลิขสิทธิ์ โดยเฉพาะกลุ่มอุตสาหกรรมคอมพิวเตอร์และบันเทิงในประเทศพัฒนาแล้ว จึงผลักดันให้มีการปรับปรุงแก้ไขกฎหมายลิขสิทธิ์เพื่อให้การคุ้มครองงานอันมีลิขสิทธิ์เป็นไปอย่างเข้มงวดและมีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น และเพื่อประสิทธิภาพในการบังคับใช้ให้ครอบคลุมทั่วโลกในยุคที่การสื่อสารไร้พรมแดนเช่นนี้ การผลักดันให้มีการปรับปรุงกฎหมายของกลุ่มดังกล่าวจึงมุ่งดำเนินการในระดับระหว่างประเทศ โดยกลุ่มดังกล่าวจะดำเนินการผ่านรัฐบาลของประเทศตนเอง ซึ่งจะนำไปสู่การเจรจาปรับปรุงกฎหมายลิขสิทธิ์ในเวทีระหว่างประเทศในที่สุด

รัฐบาลสหรัฐอเมริกาถือเป็นรัฐบาลที่มีบทบาทอย่างสูงในการเจรจาเพื่อขยายขอบเขตการคุ้มครองงานอันมีลิขสิทธิ์ให้กว้างขวางและเข้มงวดขึ้น โดยรัฐบาลสหรัฐผลักดันให้ประเทศต่างๆทั่วโลกปรับปรุงระบบกฎหมายลิขสิทธิ์ให้เอื้อประโยชน์ต่อกลุ่มอุตสาหกรรมของสหรัฐใน 2 ช่อง กล่าวคือ ทางแรก โดยการผลักดันให้มีการจัดทำสนธิสัญญาระหว่างประเทศเกี่ยวกับการคุ้มครองงานอันมีลิขสิทธิ์ในเวทีขององค์การทรัพย์สินทางปัญญาแห่งโลก (World Intellectual Property Organization หรือ WIPO) และทางที่สอง โดยผ่านเวทีการเจรจาข้อตกลงการค้าเสรี (Free Trade Agreement)[52]

หลักการสำคัญของการขยายความคุ้มครองงานอันมีลิขสิทธิ์ที่เกี่ยวข้องกับเทคโนโลยีสารสนเทศทั้งในเวทีขององค์การทรัพย์สินทางปัญญาแห่งโลก และเวทีการเจรจาการค้าตามความตกลงการค้าเสรีที่สหรัฐอเมริกาทำกับประเทศต่างๆ มีดังนี้[53]คือ (1) การขยายขอบเขตของสิทธิในการทำซ้ำให้ครอบคลุมถึงการทำซ้ำชั่วคราว (Temporary reproduction) (2) การกำหนดให้เจ้าของลิขสิทธิ์มีสิทธิในการจำหน่ายสำเนางานอันมีลิขสิทธิ์ (3) การขยายขอบเขตของสิทธิในการเผยแพร่ต่อสาธารณชนให้ครอบคลุมถึงการสำเนางานอันมีลิขสิทธิ์ขึ้นเผยแพร่บนอินเตอร์เนต(4) การกำหนดให้เจ้าของลิขสิทธิ์ได้รับความคุ้มครองข้อมูลบริหารสิทธิ (Right Management Information) (5) การกำหนดให้มีมาตรการในการป้องกันการหลีกเลี่ยงมาตรการ

---

[52] จักกฤษณ์ ควรพจน์ และ นันทน อินทนนท์, <u>ลิขสิทธิ์ยุคเทคโนโลยีดิจิตอล มาตรการทางเทคโนโลยี และทางเลือกสำหรับประเทศไทย</u>, หน้า 56-57.

[53] เรื่องเดียวกัน, หน้า 57.

ทางเทคโนโลยี (Technological Protection Measure) และ (6) การกำหนดความรับผิดของผู้ให้บริการอินเตอร์เน็ต (Internet Service Provider)

ปัจจุบันสหรัฐอเมริกากำลังดำเนินการกดดันให้ประเทศต่างๆ รวมทั้งประเทศไทย ทำความตกลงในรูปของสนธิสัญญาทวิภาคีที่เรียกว่า ข้อตกลงเขตการค้าเสรี (Free Trade Area หรือ FTA) ซึ่งข้อตกลงดังกล่าวนั้นประกอบด้วยมาตรการในการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา และที่สำคัญคือเป็นการคุ้มครองที่มีระดับมาตรฐานสูงกว่ามาตรฐานขั้นต่ำที่บัญญัติไว้ในข้อตกลงทริปส์ อย่างไรก็ตาม มีผู้ให้ความเห็นว่าการที่สหรัฐอเมริกานำเอามาตรการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาที่มีมาตรฐานสูงดังกล่าวมาผนวกไว้ในข้อตกลงเขตการค้าเสรีด้วยนั้น จะทำให้สหรัฐอเมริกาสามารถผลักดันให้มีการปรับปรุงมาตรฐานการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาขององค์การการค้าโลก (WTO) ให้มีระดับการคุ้มครองที่สูงขึ้นกว่าที่เป็นอยู่ในปัจจุบัน

ประเทศไทยก็เช่นเดียวกัน ในความตกลงเอฟทีเอระหว่างสหรัฐกับไทยมีการเสนอหลักการเรื่องการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาเช่นเดียวกับที่สหรัฐทำกับประเทศอื่น โดยปัจจุบันเป็นเพียงอยู่ในขั้นตอนการเจรจายังไม่ได้ข้อสรุป ซึ่งหากเมื่อใดที่ประเทศไทยทำความตกลงกับสหรัฐ เมื่อนั้นประเทศไทยจะต้องบัญญัติกฎหมายที่ให้การคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาในระดับมาตรฐานเดียวกับในข้อตกลงเอฟทีเอ

กล่าวโดยสรุป มีความจำเป็นในระดับระหว่างประเทศที่จะต้องบัญญัติกฎหมายคุ้มครองมาตรการทางเทคโนโลยี ดังนี้คือ

(1) หากประเทศไทยต้องการเข้าเป็นภาคีสมาชิกของสนธิสัญญาลิขสิทธิ์ ค.ศ. 1996 (WIPO Copyright Treaty 1996) และสนธิสัญญาการแสดงและสิ่งบันทึกเสียง ค.ศ. 1996 (WIPO Performances and Phonograms Treaty 1996) ซึ่งมีบทบัญญัติกำหนดความผิดของการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยี ประเทศไทยจะต้องออกกฎหมายอนุวัติการกฎหมายภายในให้สอดคล้องกับสนธิสัญญาทั้งสองฉบับ กล่าวคือ ประเทศไทยจะต้องบัญญัติกฎหมายให้ความคุ้มครองแก่มาตรการทางเทคโนโลยี

(2) เมื่อการทำความตกลงเขตการค้าเสรีกับสหรัฐกับไทยบรรลุผล ประเทศไทยจะต้องบัญญัติกฎหมายที่ให้ความคุ้มครองมาตรการทางเทคโนโลยีให้สอดคล้องกับข้อตกลงดังกล่าว

2.4.3.3 <u>เหตุผลและความจำเป็นภายในประเทศ</u>

นอกจากเหตุผลและความจำเป็นระหว่างประเทศแล้ว เหตุผลและความจำเป็นภายในประเทศเป็นประเด็นสำคัญในการที่ประเทศต่างๆ นำมาพิจารณาและเห็นว่ามีความจำเป็นที่จะต้องบัญญัติฐานความผิดในการหลีกเลี่ยงมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยี เหตุผลต่างๆ เหล่านั้นดังจะได้แสดงต่อไปนี้

(1) การสูญเสียรายได้ของเจ้าของลิขสิทธิ์

เหตุผลประการหนึ่งที่มีความจำเป็นจะต้องให้ความคุ้มครองแก่มาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีนั้นเนื่องจากในแต่ละปีเจ้าของลิขสิทธิ์สูญเสียรายได้อันเนื่องมาจากการละเมิดลิขสิทธิ์เป็นจำนวนที่สูงมาก ซึ่งงานอันมีลิขสิทธิ์ที่ถูกละเมิดในประเทศไทยนั้นส่วนใหญ่เป็นงานอันมีลิขสิทธิ์ที่เป็นผลงานของคนไทย ทั้งนี้พบว่าอัตราการละเมิดทรัพย์สินทางปัญญาของไทย ส่วนใหญ่มีอัตราสูงเกินกว่า 50% ของมูลค่าตลาดรวมทั้งสิ้น เช่น เทปเพลงไทยมีอัตราการละเมิดลิขสิทธิ์ 50% ซอฟแวร์เพื่อการธุรกิจ 80% ซอฟแวร์เพื่อการบันเทิง 82% และภาพยนตร์ 79%[54] โดยเฉพาะอุตสาหกรรมเพลงนั้นพบว่าอุตสาหกรรมเพลงไทยมีส่วนแบ่งทางการตลาดในประเทศไทยสูงกว่าอุตสาหกรรมเพลงของต่างประเทศ จากสถิติข้อมูลในปี ค.ศ. 2004 อุตสาหกรรมเพลงซึ่งมีมูลค่าตลาดกว่า 5,000 ล้านบาทนั้น กว่า 75% เป็นมูลค่าของอุตสาหกรรมเพลงไทย ขณะที่เพลงสากลมีส่วนแบ่งการตลาดประมาณ 20% เท่านั้น[55]

ผลจากการละเมิดลิขสิทธิ์ในสัดส่วนที่สูงมากดังกล่าวก่อให้เกิดความเสียหายมูลค่ามหาศาลต่อเจ้าของลิขสิทธิ์ โดยมีรายงานว่าอัตราการละเมิดลิขสิทธิ์ภาพยนตร์ในไทยที่ถูกระบุว่ามีสัดส่วนที่สูงใกล้เคียงกันกับประเทศรัสเซียซึ่งอยู่ที่อันดับ 2 ของโลกมีมูลค่าความสูญเสียถึง 15,000 ล้านบาท ส่งผลให้อุตสาหกรรมเพลงในประเทศไทยในปี พ.ศ. 2549 ลดลง 30% และมีการปิดค่ายเพลงมากกว่า 20 ค่ายเพลง[56] นายนภดล เจสัน จิรสันติ์

---

[54] ศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศกลาง, <u>ข่าววิชาการ</u> , ฉบับที่ 4 ปีที่ 1, หน้า 3.

[55] พิเศษ จียาศักดิ์, “กฎหมายลิขสิทธิ์ช่วยคนต่างชาติมากกว่าคนไทย,” <u>ศาลยุติธรรมปริทัศน์</u> (กันยายน 2549): 106-113.

[56] ศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศกลาง, <u>ข่าววิชาการ</u> , ฉบับที่ 4 ปีที่ 1, หน้า 3.

ประธานเจ้าหน้าที่บริหารบริษัท แพลตินั่ม มาร์เก็ตติ้ง แอนด์ดิสทริบิวชั่น จำกัด เปิดเผยว่า ปัญหาการละเมิดลิขสิทธิ์เพลงส่งผลให้ยอดการจัดจำหน่ายซีดีเพลงลดลง จากปกติที่ศิลปินดังจะจำหน่ายเพลงได้ 900,000 แผ่น แต่ปัจจุบันสามารถขายซีดีเพลงได้เพียง 300,000 แผ่นเท่านั้น คาดว่าจะทำให้ภาพรวมอุตสาหกรรมเพลงในปีนี้ลดลง 30% จากมูลค่า 3,000 ล้านบาท[57]

นอกจากนี้ ในอุตสาหกรรมภาพยนตร์ไทยระยะหลังเริ่มพัฒนาการและมีส่วนแบ่งตลาดแข่งกับภาพยนตร์ต่างประเทศเพิ่มมากขึ้น บางเรื่องประสบความสำเร็จเป็นอย่างมาก แต่ต้องประสบปัญหาสูญเสียรายได้บางส่วน หรือบางถึงขั้นขาดทุน เนื่องจากมีการขายดีวีดีหรือวีซีดีละเมิดลิขสิทธิ์ในราคาถูกกว่าผลิตภัณฑ์ลิขสิทธิ์ บางครั้งมีแผ่นวีซีดีหรือดีวีดีลักลอบออกมาจำหน่ายชนโรง

นอกจากอุตสาหกรรมเพลงและอุตสาหกรรมภาพยนต์แล้วงานลิขสิทธิ์ประเภทอื่นที่คนไทยมีศักยภาพหรือกำลังริเริ่มที่จะพัฒนางานของตนขึ้นมา เช่น โปรแกรมคอมพิวเตอร์ของไทย ล้วนประสบปัญหาการละเมิดลิขสิทธิ์เช่นเดียวกัน ทั้งนี้ ตัวเลขของความเสียหายอาจไม่ปรากฏชัดเนื่องจากงานที่เป็นของคนไทยยังมีจำนวนน้อย อย่างไรก็ตาม เมื่อพิจารณาสถิติการจดแจ้งลิขสิทธิ์ของกรมทรัพย์สินทางปัญญาพบว่า ประเทศไทยมีการจดแจ้งลิขสิทธิ์เพิ่มขึ้นทุกปีแสดงให้เห็นว่ามีการสร้างสรรค์งานอันมีลิขสิทธิ์เพิ่มมากขึ้น แต่ก็แสดงให้เห็นทิศทางของประเทศไทยว่ามีการสร้างสรรค์ผลงานต่างๆ เพิ่มมากขึ้น ดังแสดงให้เห็นจากตารางดังต่อไปนี้

---

[57] สภาหอการค้าแห่งประเทศไทย, สรุปข่าวเศรษฐกิจ ประจำวันที่ 12 พฤศจิกายน 2550, หน้า 9-10.

ตารางที่ 2.1 ตารางแสดงสถิติจำนวนการจดแจ้งลิขสิทธิ์ ตั้งแต่ พ.ศ. 2540 - พ.ศ. 2550[58]

จำนวน:ราย

ปี	รวม	วรรณกรรม	ศิลปะกรรม	ดนตรีกรรม	โสตทัศนวัสดุ	ภาพยนต์	สิ่งบันทึกเสียง	อื่นๆ
2550	24,339	1,617	4,823	15,511	1,172	76	282	858
2549	39,507	1,892	3,899	28,347	1,709	16	2,329	1,315
2548	22,014	1,598	2,607	15,325	575	50	1,757	102
2547	20,413	1,128	2,280	15,395	698	195	595	122
2546	16,237	1,074	2,321	12,230	361	0	153	98
2545	12,648	837	2,777	8,315	329	0	164	226
2544	9,692	599	2,412	6,354	156	0	171	0
2543	9,232	752	2,758	5,503	113	0	106	0
2542	2,985	524	416	1,833	115	1	89	7
2541	904	2	299	113	2	33	6	449
2540	540	1	214	45	0	75	10	195

จากที่กล่าวข้างต้นเป็นหลักฐานที่แสดงถึงความเสียหายของเจ้าของงานอันมีลิขสิทธิ์ของไทยอันเนื่องมาจากการละเมิดลิขสิทธิ์ สำหรับในประเทศไทยนั้นมีผู้โต้แย้งว่างานลิขสิทธิ์ในประเทศไทยมีจำนวนน้อยกว่าในต่างประเทศนั้น ข้อโต้แย้งดังกล่าวนี้ผู้อาจไม่ถูกต้องนัก เนื่องจากเจ้าของลิขสิทธิ์ในประเทศไทยเป็นจำนวนมากได้รับความเดือดร้อนจากการละเมิดลิขสิทธิ์เป็นไม่ต่างจากในต่างประเทศเพียงแต่มูลค่าความเสียหายแตกต่างกันเท่านั้น ตัวอย่างเช่น อุตสาหกรรมเพลงไทยมีส่วนแบ่งทางการตลาดในประเทศไทยสูงกว่าอุตสาหกรรมเพลงของต่างประเทศ โดยสถิติข้อมูลในปี ค.ศ. 2004 อุตสาหกรรมเพลงซึ่งมีมูลค่าตลาดกว่า 5,000 ล้านบาทนั้น กว่า 75% เป็นมูลค่าของอุตสาหกรรมเพลงไทย ขณะที่เพลงสากลมีส่วนแบ่งการตลาด

---

[58] สถิติจำนวนการจดแจ้งลิขสิทธิ์จนถึงปี 2550 ข้อมูลจากกรมทรัพย์สินทางปัญญา แหล่งที่มา : http//www.ipthailand.org/ipthailand/index [2008, Feb 2]

ประมาณ 20% เท่านั้น[59] เมื่อการละเมิดลิขสิทธิ์ก่อให้เกิดความเสียหายแก่เจ้าของลิขสิทธิ์เช่นนี้ ประเทศไทยจึงควรให้ความคุ้มครองมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีซึ่งเจ้าของงานอันมีลิขสิทธิ์นำมาใช้ ทั้งนี้ ควรจะให้ความคุ้มครองในระดับใดนั้นจะได้พิจารณาต่อไป

(2) การสูญเสียรายได้ของประเทศชาติ

ที่กล่าวมาในหัวข้อที่แล้วเป็นตัวเลขความเสียหายที่เกิดขึ้นกับเจ้าของลิขสิทธิ์ซึ่งเป็นเพียงบุคคลเฉพาะกลุ่มเท่านั้นจึงอาจมีผู้โต้แย้งว่าการให้ความคุ้มครองงานอันมีลิขสิทธิ์เป็นเพียงเรื่องของบุคคลเฉพาะกลุ่ม ดังนั้น ในหัวข้อนี้ผู้เขียนจะอธิบายให้เห็นความเสียหายที่มีต่อประเทศอันเนื่องมาจากการละเมิดลิขสิทธิ์

มูลค่าความเสียที่เจ้าของลิขสิทธิ์ได้รับนั้นไม่ได้มีผลแต่เฉพาะแก่ตัวเจ้าของลิขสิทธิ์เท่านั้น แต่ยังส่งผลโดยรวมต่อธุรกิจอื่นๆด้วยทั้งนี้เพราะการดำเนินธุรกิจหรือกิจการใดๆ ล้วนแล้วแต่มีการจ้างงาน เมื่อผลิตมาแล้วจะต้องมีการขนส่ง ก่อให้เกิดการกระจายรายได้ไปยังส่วนต่างๆ โดยพบว่าในทุกๆ รายได้หนึ่งดอลลาร์สหรัฐจากยอดขายซอฟต์แวร์ลิขสิทธิ์ สามารถสร้างประโยชน์ในแง่รายได้ให้กับธุรกิจภาคบริการ จำนวนสองดอลลาร์สหรัฐ และรายได้สำหรับผู้ที่เป็นช่องทางจัดจำหน่ายอีกหนึ่งถึงสามดอลลาร์สหรัฐ รวมทั้งสร้างประโยชน์ต่อเนื่องในแง่ของการเติบโตด้านเศรษฐกิจ และการจ้างงาน เนื่องจากในการทำธุรกิจด้านซอฟต์แวร์นั้น ผู้ผลิตไม่ได้เป็นผู้ขายเองโดยตรง แต่จะใช้ช่องทางของตัวแทนในการกระจายสินค้า[60]

สำหรับประเด็นในเรื่องโปรแกรมคอมพิวเตอร์ซึ่งมีผู้ให้ความเห็นว่าปัจจุบันประเทศไทยมีปริมาณโปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่ผลิตขึ้นเองน้อยการให้ความคุ้มครองเกินไปเป็นการเอื้อประโยชน์ให้ต่างประเทศมากกว่านั้นพบว่าธุรกิจทางด้านเทคโนโลยีสารสนเทศหรือไอทีเป็นธุรกิจสำคัญที่ก่อให้เกิดการสร้างงาน โดยพบว่ามูลค่าตลาดไอทีของไทยในปี พ.ศ. 2545 อยู่ในระดับ 1.7 พันล้านดอลลาร์สหรัฐ มีการจ้างงานไอทีระดับสูง 29,500 อัตรา และสร้างภาษีให้กับรัฐ

---

[59] พิเศษ จียาศักดิ์, “กฎหมายลิขสิทธิ์ช่วยคนต่างชาติมากกว่าคนไทย,” ศาลยุติธรรมปริทัศน์, 106-113.

[60] กรุงเทพธุรกิจ, “กรมทรัพย์สินทางปัญญาฯ เร่งปรับปรุงพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์,” [Online] แหล่งที่มา: http://www.nectec.or.th/bid/hotissue_IPlaw.htm[2003, Feb 27]

ถึง 92 ล้านดอลลาร์สหรัฐ[61] สิงคโปร์ก็ได้ทำการศึกษาและพบว่าในทุกเงินลงทุน 16 ดอลลาร์สิงคโปร์ เงินจำนวน 1 ดอลลาร์สิงคโปร์ จะลงอยู่กับอุตสาหกรรมเกี่ยวกับทรัพย์สินทางปัญญา ทำให้จีดีพีเพิ่มขึ้น 6.2% เช่นเดียวกับอัตราการจ้างงานที่เพิ่มขึ้น 6.2% การละเมิดลิขสิทธิ์ ดังนั้น แม้จะเป็นโปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่มีต่างประเทศเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ก็ตามสิ่งที่ประเทศไทยได้รับคือประโยชน์จากการจ้างงานทั้งนี้เพราะฐานการผลิตส่วนใหญ่ของผลิตภัณฑ์ประเภทนี้อยู่ที่ประเทศไทย และการจ้างงานย่อมเป็นประโยชน์ต่อรัฐในการมีรายได้ในการจัดเก็บภาษีเพิ่มมากขึ้น

(3) **ความเจริญก้าวหน้าทางด้านวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยี**

การละเมิดลิขสิทธิ์มีผลต่อการร่วมทุนกับต่างประเทศ ทั้งนี้เพราะการละเมิดลิขสิทธิ์มีผลต่อความเชื่อมั่นของต่างประเทศ ประเทศที่มีอัตราการละเมิดลิขสิทธิ์สูงก่อให้เกิดความไม่มั่นใจแก่นักลงทุนต่างชาติที่ต้องการเข้ามาลงทุน แม้การศึกษาบางรายจะบอกว่าการมีระดับความคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาที่เข้มแข็ง จะไม่ก่อให้เกิดการลงทุนจากชาวต่างชาติอย่างฉับพลันแต่จากการเก็บข้อมูลจริง (empirical evidence) พบว่าทรัพย์สินทางปัญญาที่เข้มแข็งมีบทบาทสำคัญต่อการเพิ่มปริมาณการทำสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิระหว่างประเทศ (Cross – border licensing) ซึ่งในที่สุดจะนำมาซึ่งการถ่ายทอดเทคโนโลยีที่เป็นรูปธรรมยิ่งขึ้น (formal technology transfer) และส่งผลดีต่อระดับความก้าวหน้าทางวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยีในระยะยาว[62] ดังนั้น ไม่เพียงแต่มีผลกระทบต่อการลงทุนของต่างประเทศ แต่การละเมิดลิขสิทธิ์ยังมีผลต่อความก้าวหน้าทางวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยีของประเทศอีกด้วย ทั้งนี้เพราะการลงทุนจากต่างชาติส่วนหนึ่งนั้นก่อให้เกิดการถ่ายทอดทางเทคโนโลยีด้วยนั่นเอง

นอกจากการละเมิดลิขสิทธิ์ไม่ส่งเสริมให้เกิดการถ่ายทอดความรู้ทางวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยีแล้ว ปัจจัยอีกประการหนึ่งอันเกิดจากการละเมิดลิขสิทธิ์คือการละเมิดลิขสิทธิ์จะบั่นทอนกำลังใจของผู้คิดค้นเพราะเมื่อผลิตงานชิ้นใดขึ้นมาก็จะมีบุคคลอื่นขโมยผลงานไปโดยไม่ได้รับผลตอบแทน อีกทั้งในบางกรณีผู้ขโมยผลงานนั้นไปยังนำไปหารายได้โดยไม่ต้องเสีย

---

[61] เรื่องเดียวกัน.

[62] เพียงเพ็ญ บุตรกตัญญู, “ข้อบทด้านทรัพย์สินทางปัญญาในความตกลงการค้าเสรี ระหว่างสหรัฐกับประเทศต่างๆ, “ Thai IP Corner Newsletter 1, 3(กันยายน – ธันวาคม 2548) 21.

ภาษีและเมื่อคิดค้นเทคโนโลยีใดๆ ขึ้นมาเพื่อป้องกันงานของตนก็จะมีผู้คิดค้นวิธีการหลีกเลี่ยงตามมา

มาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีเป็นเสมือนกับกุญแจป้องกันการละเมิดลิขสิทธิ์ ดังนั้น การให้ความคุ้มครองแก่มาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีจึงเสมือนการให้ความคุ้มครองแก่ผู้ทำลายเครื่องมือป้องกันการละเมิดลิขสิทธิ์ซึ่งจะช่วยสร้างความมั่นใจให้แก่เจ้าของงานอันมีลิขสิทธิ์ ส่งเสริมให้เกิดการพัฒนาคิดค้นผลงานขึ้น จึงนำไปสู่การที่หลายประเทศนำมาตรการทางกฎหมายในการคุ้มครองแก่มาตรการทางเทคโนโลยี ทั้งนี้ กฎหมายเหล่านั้นผู้เขียนจะได้อธิบายต่อไปในบทที่ 3

บทที่ 3
กฎหมายต่างประเทศว่าด้วยการกระทำอันเป็นการหลีกเลี่ยงมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยี

ดังได้กล่าวมาแล้วว่าเจ้าของงานอันมีลิขสิทธิ์ต่างพยายามแสวงหามาตรการทางเทคโนโลยีต่างๆมาใช้เพื่อป้องกันการละเมิดลิขสิทธิ์ในงานของตน อย่างไรก็ตาม ผู้เชี่ยวชาญทางคอมพิวเตอร์เป็นจำนวนมากก็พยายามแสวงหาวิธีการในการหลีกเลี่ยงหรือทำลายมาตรการทางเทคโนโลยีดังกล่าวเพื่อที่จะสามารถใช้ประโยชน์จากงานอันมีลิขสิทธิ์ที่ตนต้องการได้ ดังนั้น บางประเทศจึงให้ความคุ้มครองทางกฎหมายแก่มาตรการทางเทคโนโลยีซึ่งเจ้าของลิขสิทธิ์นำมาใช้เพื่อปกป้องการใช้ประโยชน์จากงานอันมีลิขสิทธิ์นั้นด้วย

แจ็ค เดอ วารา กล่าวไว้ในหนังสือชื่อ “ระบบกฎหมายว่าด้วยมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีภายใต้สนธิสัญญาขององค์การทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ กฎหมายลิขสิทธิ์ของสหรัฐอเมริกา กฎหมายของสหภาพยุโรป และกฎหมายภายใน” ว่าปัจจุบันงานอันมีลิขสิทธิ์จะได้รับความคุ้มครองใน 3 ระดับ ได้แก่ ระดับแรก การคุ้มครองงานอันมีลิขสิทธิ์โดยระบบกฎหมายลิขสิทธิ์ ระดับสอง การคุ้มครองโดยมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีซึ่งก็คือเทคโนโลยีซึ่งควบคุมการเข้าถึงหรือการทำซ้ำงานอันมีลิขสิทธิ์นั้น และระดับสาม การคุ้มครองโดยกฎหมายต่อมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยี คือ กฎหมายที่ห้ามมิให้มีการหลีกเลี่ยงมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยี ซึ่งมักเรียกกันว่า “กฎหมายต่อต้านการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยี (Anti-Circumvention Measures)[1]

ในบทนี้ผู้เขียนจะศึกษากฎหมายว่าด้วยการกระทำความผิดโดยการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีของประเทศต่างๆ ในปัจจุบัน โดยจำแนกตามคำนิยามความผิดของการกระทำความผิดโดยการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีเป็นหลักในการพิจารณา โดยประเด็นแรก

---

[1] Jacque de Warra, The Legal System of technological Protection Measures under the WIPO Treaties, the Digital Millennium Copyright Act, the European Union Directive and other National Laws, p. 1, อ้างถึงใน จักกฤษณ์ ควรพจน์ และ นันทน อินทนนท์, ลิขสิทธิ์ยุคเทคโนโลยีดิจิตอล มาตรการทางเทคโนโลยี และทางเลือกสำหรับประเทศไทย(กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2550), หน้า 66.

ผู้เขียนจะศึกษาถึงขอบเขตของมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีที่มีในกฎหมายของประเทศต่างๆ โดยจะพิจารณาในสามประเด็น ได้แก่ (1) พิจารณาถึงชนิดของมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีที่กฎหมายแต่ละประเทศให้ความคุ้มครอง (2) พิจารณาว่ากฎหมายของแต่ละประเทศกำหนดให้มาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีที่จะได้รับความคุ้มครองนั้นต้องเป็นมาตรการทางเทคโนโลยีที่มีประสิทธิภาพหรือไม่ (3) พิจารณาว่ากฎหมายของแต่ละประเทศกำหนดให้มาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีที่ได้รับความคุ้มครองเป็นมาตรการทางเทคโนโลยีที่ป้องกันการละเมิดลิขสิทธิ์หรือไม่ ประเด็นต่อมาผู้เขียนจะศึกษาถึงการกระทำอันเป็นการหลีกเลี่ยงมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยี โดยพิจารณาว่าประเทศต่างๆ กำหนดให้การกระทำอันเป็นการหลีกเลี่ยงมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีรูปแบบใดบ้างเป็นความผิดตามกฎหมาย ประเด็นที่สามเป็นการศึกษาถึงบทบัญญัติยกเว้นความผิดของแต่ละประเทศ และประเด็นสุดท้ายศึกษาถึงมาตรการลงโทษทางอาญาที่มีในกฎหมายของแต่ละประเทศ

3.1 ขอบเขตของมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยี

แก่นแท้ของบทบัญญัติต่อต้านการหลีกมาตรการทางเทคโนโลยี (anti-circumvention measures) คือ คำจำกัดความของคำว่า “มาตรการป้องกันทางเทคโนโลยี (technological protection measures)” หรือเรียกอย่างง่ายๆ ว่า “มาตรการทางเทคโนโลยี (technological measures)”[2] ทั้งนี้เพราะถ้อยคำดังกล่าวเป็นตัวกำหนดขอบเขตความคุ้มครองทางกฎหมายที่มีต่อมาตรการทางเทคโนโลยีนั้นๆ

องค์ประกอบสำคัญในการที่จะพิจารณาเกี่ยวกับคำจำกัดความของมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีมีสองประการ ประการแรก คือ กฎหมายให้ความแตกต่างระหว่างมาตรการควบคุมการเข้าถึง และมาตรการควบคุมการทำซ้ำหรือไม่อย่างไร ประการที่สอง คือ ระดับของมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีที่กฎหมายให้ความคุ้มครอง และประการสุดท้ายมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีนั้นใช้สำหรับป้องกันการกระทำอันเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ที่แท้จริงหรือไม่ (Actual

---

[2] Urs Gasser, **“Legal Frameworks and Technological Protection of Digital Content: Moving Forward Towards a Best Practice Model,”** in Berkman center research publication No.2006-04, (United Stetes: 2006), p.66.

infringement) ดังนั้น การอธิบายคำจำกัดความในหัวข้อนี้จะพิจารณาลักษณะทั้งสามประการเป็นหลัก

3.1.1 <u>มาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีที่กฎหมายให้ความคุ้มครอง</u>

ดังได้กล่าวมาแล้วในบทที่ 2 ว่ามาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีสามารถจำแนก 2 ชนิด ชนิดแรกคือมาตรการควบคุมการเข้าถึง (access control) และอีกชนิดหนึ่งคือมาตรการควบคุมการทำซ้ำ (copy control) ในประเด็นดังกล่าวนี้เมื่อพิจารณาบทบัญญัติของประเทศต่างๆ จะพบว่าให้ความคุ้มครองที่แตกต่างกันโดยอาจจำแนกได้เป็น 2 กลุ่ม คือ กลุ่มแรกกฎหมายให้ความคุ้มครองที่แตกต่างกันระหว่างมาตรการควบคุมการทำซ้ำและมาตรการควบคุมการเข้าถึง และกลุ่มที่สองคือ กฎหมายให้ความคุ้มครองที่ไม่แตกต่างกันระหว่างมาตรการควบคุมการทำซ้ำและมาตรการควบคุมการเข้าถึง ดังจะได้อธิบายดังต่อไปนี้

ดังได้อธิบายมาแล้วว่าการกระทำอันเป็นการหลีกเลี่ยงมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีนั้นจำแนกได้เป็น 2 รูปแบบ ได้แก่ การหลีกเลี่ยงมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีโดยตรงรูปแบบหนึ่ง และการกระทำอันเป็นการตระเตรียมการเพื่อหลีกเลี่ยงมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีอีกรูปแบบ รูปแบบของการกระทำอันเป็นการหลีกเลี่ยงมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีทั้งสองรูปแบบนี้ มีผลต่อการพิจารณาว่ากฎหมายนั้นๆ ให้ความคุ้มครองแก่ชนิดของมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีแตกต่างกันหรือไม่ ดังจะได้อธิบายดังต่อไปนี้

(1) กลุ่มที่หนึ่ง กฎหมายให้ความคุ้มครองที่แตกต่างกันระหว่างมาตรการควบคุมการทำซ้ำและมาตรการควบคุมการเข้าถึง กล่าวคือ กฎหมายให้ความคุ้มครองแก่มาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีอย่างแตกต่างกันในการกระทำอันเป็นการหลีกเลี่ยงมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีแต่ละรูปแบบ เช่น กฎหมายของบางประเทศให้ความคุ้มครองแก่มาตรการควบคุมการทำซ้ำเฉพาะการกระทำอันเป็นการตระเตรียมการเท่านั้น ไม่คุ้มครองกรณีการหลีกเลี่ยงมาตรการควบคุมการทำซ้ำโดยตรง

(2) กลุ่มที่สอง กฎหมายที่ให้ความคุ้มครองระหว่างมาตรการควบคุมการทำซ้ำและมาตรการควบคุมการเข้าถึงไม่แตกต่างกัน เช่น กฎหมายของประเทศที่ห้ามการหลีกเลี่ยงมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยี

3.1.1.1 **<u>กลุ่มที่ให้ความคุ้มครองแตกต่างกันระหว่างมาตรการควบคุมการทำซ้ำและมาตรการควบคุมการเข้าถึง</u>**

กลุ่มนี้แม้จะให้ความคุ้มครองแก่มาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีทั้งสองชนิดแต่มีการให้ความคุ้มครองที่แตกต่างกัน กฎหมายของประเทศที่ให้ความคุ้มครองแก่มาตรการทางเทคโนโลยีแตกต่างได้แก่กฎหมายของประเทศดังต่อไปนี้

(1) <u>กฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา</u>

ภายหลังจากมีการจัดทำสนธิสัญญาลิขสิทธิ์และสนธิสัญญาว่าด้วยการคุ้มครองสิทธินักแสดงและสิ่งบันทึกเสียง หลายประเทศได้นำหลักการตามสนธิสัญญามาบัญญัติเป็นกฎหมายภายใน ซึ่งรวมทั้งสหรัฐอเมริกาด้วย โดยสหรัฐอเมริกาได้ออกกฎหมายเรียกว่า “Digital Millennium Copyright Act of 1998” หรือที่เรียกกันอย่างย่อๆว่า DMCA

The Digital Millennium Copyright Act 1998 ลงนามโดยประธานาธิบดีบิล คลินตัน เมื่อวันที่ 28 ตุลาคม 2542 โดยมีวัตถุประสงค์เพื่ออนุวัตรการตามสนธิสัญญาขององค์การทรัพย์สินทางปัญญาโลก 2 ฉบับ ได้แก่ สนธิสัญญาลิขสิทธิ์ ปี 2539 (WIPO Copyright Treaty 1996: WCT) และสนธิสัญญาการแสดงและสิ่งบันทึกเสียง ปี 2539 (WIPO Performances and Phonograms Treaty 1996: WPPT) ทั้งนี้ ประเด็นเกี่ยวกับมาตรการทางเทคโนโลยีบัญญัติอยู่ในข้อ 1201 ของ ดังนี้

ข้อ 1201(a)(1)(A) บัญญัติห้ามการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีที่มีประสิทธิภาพซึ่งควบคุมการเข้าถึงงานที่ได้รับความคุ้มครองตามข้อบทนี้[3]

ข้อ 1201(a)(2)(A) บัญญัติห้ามการผลิต (manufacture) นำเข้า (import) เสนอต่อสาธารณชน (offer) จัดหา (provide) หรือจำหน่ายจ่ายโอน (traffic) โดยวิธีอื่นซึ่งเทคโนโลยี ผลิตภัณฑ์ บริการ อุปกรณ์ ส่วนประกอบ หรือชิ้นส่วนใดๆ ซึ่งจะถูกออกแบบหรือผลิต

[3] Title 17 Chapter 12 S 1201(a)(1)(A) of The Digital Millennium Copyright Act 1998.

เพื่อวัตถุประสงค์ในการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีที่มีประสิทธิภาพในการควบคุมการเข้าถึงงานที่ได้รับความคุ้มครองตามข้อบทนี้[4]

ข้อ 1201 (b)(1)(A) บัญญัติห้ามการผลิต (manufacture) นำเข้า (import) เสนอต่อสาธารณชน (offer) จัดหา (provide) หรือจำหน่ายจ่ายโอน (traffic) โดยวิธีอื่น ซึ่งเทคโนโลยี ผลิตภัณฑ์ บริการ อุปกรณ์ ส่วนประกอบ หรือชิ้นส่วนใดๆ ซึ่งจะถูกออกแบบหรือผลิตเพื่อวัตถุประสงค์ในการหลีกเลี่ยงการป้องกันจากมาตรการทางเทคโนโลยีที่มีประสิทธิภาพที่ใช้คุ้มครองสิทธิ์ของเจ้าของลิขสิทธิ์[5]

ข้อ 1201(a)(3)(B) บัญญัติว่า มาตรการทางเทคโนโลยีใดๆ จะควบคุมการเข้าถึงตัวงานอย่างมีประสิทธิภาพ หากมาตรการทางเทคโนโลยีนั้นโดยสภาพปกติของการทำงานจะมีการร้องขอข้อมูลหรือขั้นตอนหรือการปฏิบัติบางประการ โดยได้รับอนุญาตจากเจ้าของลิขสิทธิ์เพื่อผ่านเข้าสู่ตัวงาน[6]

ข้อ 1201(b)(2)(B) บัญญัติว่า มาตรการทางเทคโนโลยีใดๆ จะป้องกันสิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์ภายใต้ข้อบทนี้อย่างมีประสิทธิภาพ หากมาตรการทางเทคโนโลยีนั้นโดยสภาพปกติของการทำงาน ได้ป้องกัน ขัดขวาง หรือจำกัดการกระทำอื่นใดต่อสิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์ภายใต้บทบัญญัตินี้[7]

กฎหมายของสหรัฐอเมริกาให้ความคุ้มครองต่อทั้งมาตรการควบคุมการเข้าถึง และมาตรการป้องกันการทำซ้ำ แต่การให้ความคุ้มครองแก่มาตรการทั้งสองมีระดับที่แตกต่างกัน กล่าวคือ มาตรการควบคุมการเข้าถึงงานอันมีลิขสิทธิ์นั้นกฎหมายให้ความคุ้มครองโดยห้ามทั้งการกระทำอันเป็นการหลีกเลี่ยงโดยตรง (direct act of circumvention) ดังที่บัญญัติไว้ในข้อ 1201(a)(1) และยังห้ามการจำหน่ายจ่ายโอนเครื่องมือที่ใช้ในการหลีกเลี่ยงเทคโนโลยี (trafficking of circumventing device) ดังที่บัญญัติไว้ในข้อ 1201(b)(2) ส่วนมาตรการป้องกัน

---

[4] Title 17 Chapter 12 S 1201(a)(2)(A) of The Digital Millennium Copyright Act 1998.

[5] Title 17 Chapter 12 S 1201(b)(1)(A) of The Digital Millennium Copyright Act 1998.

[6] Title 17 Chapter 12 S 1201(a)(3)(B) of The Digital Millennium Copyright Act 1998.

[7] Title 17 Chapter 12 S 1201(b)(2)(B) of The Digital Millennium Copyright Act 1998.

การทำซ้ำนั้นห้ามหลีกเลี่ยงเฉพาะการกระทำอันเป็นการหลีกเลี่ยงโดยตรง ดังบัญญัติไว้ในข้อ 1201(b)(1) แต่ไม่ห้ามการจำหน่ายจ่ายโอนเครื่องมือที่ใช้ในการหลีกเลี่ยงมาตรการป้องกันการทำซ้ำ

(2) <u>กฎหมายของประเทศเดนมาร์ค</u>

ประเทศเดนมาร์ครับเอาหลักการในการให้ความคุ้มครองมาตรการทางเทคโนโลยีมาบัญญัติไว้ในกฎหมายลิขสิทธิ์ของเดนมาร์ค (The Danish copyright Act หรือ Consolidated Act No. 164 of March 12, 2003) โดยบัญญัติเกี่ยวกับขอบเขตของมาตรการทางเทคโนโลยีไว้ในส่วน (section) ที่ 75c(1) และ 75c(4) ดังนี้

ข้อ 75c(1) บัญญัติว่า "ห้ามการกระทำอันเป็นการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีที่มีประสิทธิภาพ (effective technological measures) โดยปราศจากความยินยอมของผู้ถือสิทธิ (rightholder)"[8]

ข้อ 75c(4) บัญญัติว่า "มาตรการทางเทคโนโลยีที่มีประสิทธิภาพเป็นมาตรการใดๆ ซึ่งในทางใช้งานตามปกติถูกออกแบบมาเพื่อป้องกันงาน การแสดง และผลงานอื่นใดซึ่งรับความคุ้มครองภายใต้พระราชบัญญัตินี้..."[9]

พบว่าเมื่อพิจารณาถ้อยคำในกฎหมายจะเห็นได้ว่า ไม่มีการกล่าวถึงเทคโนโลยีควบคุมการทำซ้ำและเทคโนโลยีควบคุมการเข้าถึง อีกทั้งไม่มีการบัญญัติถึงเทคโนโลยีเช่น การเข้ารหัส การคละข้อมูล หรือเทคโนโลยีอื่นๆ เช่นเดียวกันนั้น[10] ส่วนในข้อ 75c(4) กฎหมายใช้คำว่า "ซึ่งในทางใช้งานตามปกติถูกออกแบบมาเพื่อ *ป้องกัน* งาน" ตรงกันข้ามกับถ้อยคำที่ใช้ในแนวทางกฎหมายของสหภาพยุโรปและกฎหมายภายในของประเทศอื่นๆ ซึ่งจะใช้ถ้อยคำว่า "...ที่ซึ่ง *การใช้* งานที่ได้รับความคุ้มครอง...ถูกควบคุมโดย..." การที่กฎหมายเดนมาร์คซึ่งเน้นที่การ "*ป้องกัน*" และไม่ได้บัญญัติถึงชนิดของการควบคุมนั้นไม่ใช่สิ่งที่เกิดขึ้นโดยไม่เจตนา หากแต่เป็น

---

[8] Chapter 6 , 75(c)(1) of Consolidated Act No.164 on Copyright 2003

[9] Michael Girsberger and Urs Gasser, "**Transposing the Copyright Directive:Legal Protection of Technological Measures in EU-Member States**," in <u>Berkman working paper No.2004-10,</u> (United Stetes: 2004), p.13.

[10] Ibid.

การสะท้อนแนวคิดของประเทศในกลุ่มสแกนดิเนเวียร์ว่าแนวทางกฎหมายลิขสิทธิ์ของสหภาพยุโรป ข้อ 6(3) ได้ตัด “เทคโนโลยีควบคุมการเข้าถึง” ออกไป[11]

นอกจากนี้ สิ่งที่สนับสนุนว่ากฎหมายเดนมาร์คไม่ให้ความคุ้มครองการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีควบคุมการเข้าถึงโดยตรงอีกประการคือ คำอธิบายกฎหมายลิขสิทธิ์ใหม่ของเดนมาร์ค หนังสือดังกล่าวอธิบายว่าเฉพาะมาตรการทางเทคโนโลยีที่มีเป้าหมายเพื่อป้องกันการทำซ้ำเท่านั้นเท่านั้นที่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย[12]

กล่าวโดยสรุปกฎหมายของเดนมาร์คให้ความคุ้มครองต่อทั้งมาตรการควบคุมการเข้าถึง และมาตรการป้องกันการทำซ้ำ แต่การให้ความคุ้มครองแก่มาตรการทั้งสองมีระดับที่แตกต่างกัน กล่าวคือ มาตรการควบคุมการเข้าถึงงานอันมีลิขสิทธิ์นั้นกฎหมายให้ความคุ้มครองโดยห้ามเฉพาะการกระทำอันเป็นการตระเตรียมการ (preparatory activities) เท่านั้น การหลีกเลี่ยงมาตรการป้องกันการเข้าถึงโดยตรงไม่เป็นความผิด ส่วนมาตรการป้องกันการทำซ้ำนั้นกฎหมายของเดนมาร์คห้ามทั้งการกระทำโดยตรง และการกระทำอันเป็นการตระเตรียมการ[13]

3.1.1.2 <u>กลุ่มที่ให้ความคุ้มครองไม่แตกต่างกันระหว่างมาตราการควบคุมการทำซ้ำและมาตรการควบคุมการเข้าถึง</u>

กลุ่มนี้เป็นกลุ่มประเทศที่ให้ความคุ้มครองทั้งแก่มาตรการควบคุมการทำซ้ำและมาตรการควบคุมการเข้าถึง อย่างไรก็ตาม ประเทศเหล่านี้ให้ความคุ้มครองแก่มาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีในระดับที่แตกต่างกัน ประเทศที่ใช้กฎหมายในลักษณะนี้มีดังต่อไปนี้

---

[11] Ibid.

[12] Ibid., p.14.

[13] จักรกฤษณ์ ควรพจน์ และนันทน อินทนนท์, <u>ลิขสิทธิ์ยุคเทคโนโลยีดิจิตอล มาตรการทางเทคโนโลยีและทางเลือกสำหรับประเทศไทย</u>, (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2550) หน้า 93.

(1) กฎหมายของสหภาพยุโรป

ในปี ค.ศ. 2001 สหภาพยุโรปมีมติเห็นชอบในการจัดทำกฎเกณฑ์การทำให้กฎหมายเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันของสหภาพยุโรปว่าด้วยเรื่องลิขสิทธิ์และสิทธิข้างเคียงในสังคมแห่งข้อมูลข่าวสาร (The Directive on the harmonization of certain aspects of copyright and related right in the information society หรือ Copyright Directive หรือ EUCD) ซึ่งมีบทบัญญัติเกี่ยวกับมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีด้วย อย่างไรก็ตามบทบัญญัตินี้ไม่ใช่กฎหมายซึ่งมีสภาพบังคับ แต่เป็นแนวทางในการออกกฎหมายภายในของสหภาพยุโรปซึ่งประเทศสมาชิกจะต้องอนุวัตรการภายในเวลาที่กำหนด มีผลบังคับใช้เมื่อวันที่ 22 มิถุนายน ค.ศ. 2001

แนวทางกฎหมายดังกล่าวมีเจตนารมณ์สองประการ ประการแรกคือเพื่อผสมผสานแบบแผนเกี่ยวกับกฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศสมาชิกของสหภาพยุโรปซึ่งยังคงมีความแตกต่างกันในขณะนั้นทำให้เป็นอุปสรรคต่อตลาดเดี่ยว (single market) ของสหภาพยุโรป และไม่สมกับยุคข้อมูลข่าวสาร เจตนารมณ์อีกประการคือเพื่อรองรับสนธิสัญญาขององค์กรทรัพย์สินทางปัญญาระหว่างประเทศ (WIPO) ที่จะต้องนำมาบังคับใช้เป็นกฎหมายภายใน[14]

ข้อ 6(3) ให้นิยามคำว่ามาตรการทางเทคโนโลยีว่า หมายถึง “มาตรการ, อุปกรณ์, หรือส่วนประกอบใดๆ ซึ่งในการทำงานตามปกติถูกออกแบบมาเพื่อป้องกันหรือจำกัดการกระทำต่องานลิขสิทธิ์หรือสิทธิอื่นใดโดยไม่ได้รับอนุญาตโดยผู้ทรงสิทธิในลิขสิทธิ์หรือสิทธิที่เกี่ยวเนื่องกับลิขสิทธิ์ตามกฎหมายที่ตราขึ้นเป็นการเฉพาะตามที่กำหนดในหมวดที่ 3 ของ Directive 96/9/EC”

กฎหมายของสหภาพยุโรปนั้นห้ามการหลีกเลี่ยงทั้งมาตรการควบคุมการทำซ้ำและมาตรการควบคุมการเข้า และให้ความคุ้มครองแก่มาตรการทั้งสองชนิดอย่างไม่แตกต่างกัน กล่าวคือ ห้ามการหลีกเลี่ยงมาตรการควบคุมการทั้งซ้ำและมาตรการควบคุมการเข้าถึง อีกทั้งยังห้ามการกระทำอันเป็นการตระเตรียมการเพื่อหลีกเลี่ยงมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีที่ควบคุมการทำซ้ำและมาตรการทางเทคโนโลยีที่ควบคุมการเข้าถึง[15]

---

[14] Michael Girsberger and Urs Gasser, “**Transposing the Copyright Directive:Legal Protection of Technological Measures in EU-Member States**,” in Berkman working paper No.2004-10, **p.7**.

[15] จักรกฤษณ์ ควรพจน์ และนันทน อินทนนท์, ลิขสิทธิ์ยุคเทคโนโลยีดิจิตอล มาตรการทางเทคโนโลยีและทางเลือกสำหรับประเทศไทย, หน้า 93.

(2) กฎหมายของประเทศออสเตรเลีย

ออสเตรเลียได้ออกพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ ค.ศ. 2001 (The Copyright Amendment Act 2000 หรือ Digital Agenda) เพื่อแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ ค.ศ. 1968 โดยพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมดังกล่าว มีผลบังคับใช้เมื่อวันที่ 4 มีนาคม ค.ศ. 2001[16] ทั้งนี้ บรรดาหลายประเด็นที่มีการแก้ไขเพิ่มเติมนั้น มีประเด็นเกี่ยวกับการให้ความคุ้มครองมาตรการทางเทคโนโลยี ซึ่งเป็นการรับเอาหลักเกณฑ์ตามสนธิสัญญาขององค์การทรัพย์สินทางปัญญาระหว่างประเทศมาบัญญัติเป็นกฎหมายภายในด้วย

ในประเด็นเกี่ยวกับคำจำกัดความของมาตรการทางเทคโนโลยีนั้น พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ของออสเตรเลียกำหนดคำจำกัดความของคำว่า มาตรการป้องกันทางเทคโนโลยี (Technological protection measure) ไว้ในข้อ 15B S10(1) ของพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ ค.ศ. 2001 (The Copyright Amendment (Digital Agenda) Act 2000 หรือ) ไว้ในข้อ 15B S10(1) ดังนี้[17]

ข้อ 15B S10(1) “มาตรการป้องกันทางเทคโนโลยี คือ อุปกรณ์ ผลิตภัณฑ์ หรือส่วนประกอบที่รวมเข้าเป็นกระบวนการใดๆ ซึ่งในทางการใช้งานตามปกติถูกออกแบบมาเพื่อป้องกันหรือขัดขวางการละเมิดลิขสิทธิ์ในงานหรือวัสดุอื่นใดโดยวิธีใดวิธีหนึ่งหรือทั้งสองวิธีดังต่อไปนี้

(a) โดยทำให้แน่ใจการเข้าถึงงานหรือวัสดุอื่นใดสามารถกระทำก็แต่เพียงโดยการใช้รหัสเข้าถึงหรือกระบวนการอย่างใดๆ (รวมทั้งการถอดรหัส การถอดสัญญาณ หรือการเปลี่ยนแปลงอื่นๆ ซึ่งงานหรือวัสดุอื่นใด) โดยความยินยอมของเจ้าของลิขสิทธิ์หรือผู้ได้รับมอบอำนาจของบุคคลนั้น

(b) ตลอดจนกลไกควบคุมการทำซ้ำ”

---

[16] June M. Besek, “**Anti-circumvention laws and copyright: A report from the Kernochan center for law, media and the arts,**” Columbia Journal of law and the arts (2004) 39.

[17] The Copyright Amendment (Digital Agenda) Act 2000, 15B Subsection 10(1).

กฎหมายของออสเตรเลียนั้นให้ความคุ้มครองทั้งมาตรการควบคุมการทำซ้ำและมาตรการควบคุมการเข้าถึง อย่างไรก็ตามกฎหมายของออสเตรเลียห้ามเฉพาะการกระทำอันเป็นการตระเตรียมการเพื่อหลีกเลี่ยงมาตรการควบคุมการทำซ้ำและมาตรการควบคุมการเข้าถึงเท่านั้น ไม่ครอบคลุมไปถึงกรณีการกระทำอันเป็นการหลีกเลี่ยงมาตรการควบคุมการทำซ้ำและมาตรการควบคุมการเข้าถึงโดยตรง[18]

(3) กฎหมายของประเทศญี่ปุ่น

ญี่ปุ่นรับเอาหลักการของสนธิสัญญาอินเตอร์เน็ตขององค์การทรัพย์สินทางปัญญาระหว่างประเทศ ค.ศ. 1999 มาบัญญัติไว้ในกฎหมายลิขสิทธิ์ของญี่ปุ่น (The Japan Copyright Law หรือ JCL) โดยได้บัญญัติให้คำจำกัดความของมาตรการทางเทคโนโลยีไว้ในข้อ 2(1)(XX) ดังนี้

ข้อ 2(1)(XX) ให้คำจำกัดความว่า มาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีหมายถึงมาตรการที่ป้องกันหรือขัดขวางการกระทำอันเป็นการละเมิดสิทธิของผู้ประพันธ์หรือลิขสิทธิ์ตามข้อ 17(1) หรือสิทธิของนักแสดงตามข้อ 89(1) หรือสิทธิข้างเคียงตามข้อ 89(6)[19]

กฎหมายของประเทศญี่ปุ่นให้ความคุ้มครองทั้งมาตรการควบคุมการทำซ้ำและมาตรการควบคุมการเข้าถึง อย่างไรก็ตามหลักการของกฎหมายญี่ปุ่นเป็นเช่นเดียวกับของประเทศออสเตรเลีย กล่าวคือ กฎหมายให้ความคุ้มครองแก่มาตรการทั้งสองชนิดเฉพาะกรณีการกระทำอันเป็นการตระเตรียมการเพื่อหลีกเลี่ยงมาตรการควบคุมการทำซ้ำและมาตรการควบคุมการเข้าถึงเท่านั้น ไม่รวมถึงกรณีการกระทำอันเป็นการหลีกเลี่ยงโดยตรง[20]

---

[18] จักรกฤษณ์ ควรพจน์ และนันทน อินทนนท์, ลิขสิทธิ์ยุคเทคโนโลยีดิจิตอล มาตรการทางเทคโนโลยีและทางเลือกสำหรับประเทศไทย, หน้า 93.

[19] June M. Besek, "Anti-circumvention laws and copyright: A report from the Kernochan center for law, media and the arts," Columbia Journal of law and the arts 41.

[20] จักรกฤษณ์ ควรพจน์ และนันทน อินทนนท์, ลิขสิทธิ์ยุคเทคโนโลยีดิจิตอล มาตรการทางเทคโนโลยีและทางเลือกสำหรับประเทศไทย, หน้า 93.

แนวทางการให้ความคุ้มครองแก่มาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีดังที่กล่าวมาข้างต้นสามารถแสดงเป็นตารางเปรียบเทียบได้ดังนี้

ตารางที่ 3.1 ตารางเปรียบเทียบชนิดของมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีที่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายของต่างประเทศ

กฎหมาย	ชนิดของมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีที่กฎหมายให้ความคุ้มครอง			
	มาตรการควบคุมการเข้าถึง		มาตรการควบคุมการทำซ้ำ	
	โดยตรง	ตระเตรียมการ	โดยตรง	ตระเตรียมการ
สหภาพยุโรป	✓	✓	✓	✓
สหรัฐอเมริกา	✓	✓	✓	
เยอรมัน	-	✓	✓	✓
ออสเตรเลีย	-	✓	-	✓
ญี่ปุ่น	-	✓	-	✓

3.1.1.3 **<u>วิเคราะห์แนวทางในการให้ความคุ้มครองแก่มาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีของต่างประเทศ</u>**

จะเห็นได้ว่าแนวทางของทุกประเทศดังที่ได้ยกตัวอย่างมาล้วนให้ความคุ้มครองแก่มาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีทั้งสองชนิดคือทั้งมาตรการป้องควบคุมทำซ้ำและมาตรการควบคุมการเข้าถึง เหตุที่เป็นเช่นนี้เพราะมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีทั้งสองชนิดต่างมีบทบาทในการป้องกันงานอันมีลิขสิทธิ์ทั้งสิ้น การให้ความคุ้มครองแก่มาตรการทั้งสองชนิดจึงน่าจะเหมาะสมกว่า อย่างไรก็ตาม แนวทางในการให้ความคุ้มครองแก่มาตรการทั้งสองชนิดนั้นในกฎหมายของแต่ละประเทศมีความแตกต่างกันโดยจำแนกได้เป็น 2 แนวทาง แนวทางแรกให้ความคุ้มครองมาตรการควบคุมการทำซ้ำและมาตรการควบคุมการเข้าถึงแตกต่างกัน กฎหมายของประเทศที่ดำเนินการตามแนวทางนี้ ได้แก่ กฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา และกฎหมายของประเทศเดนมาร์ค ส่วนแนวทางที่สองให้ความคุ้มครองที่ไม่แตกต่างกันระหว่างมาตรการควบคุมการทำซ้ำและมาตรการควบคุมการเข้าถึง ประเทศที่ดำเนินการตามแนวทางนี้ได้แก่ กฎหมายของสหภาพยุโรป ออสเตรเลีย และญี่ปุ่น

กรณีของประเทศสหรัฐอเมริกาซึ่งดำเนินการตามแนวทางแรกนั้น เหตุที่สหรัฐอเมริกาไม่ให้ความคุ้มครองแก่มาตรการควบคุมการทำซ้ำในกรณีการกระทำอันเป็นการหลีกเลี่ยงโดยตรงนั้นเนื่องจากมีความเห็นว่าการหลีกเลี่ยงมาตรการควบคุมการทำซ้ำนั้นเป็นความผิดตามกฎหมายลิขสิทธิ์อยู่แล้วจึงไม่มีความจำเป็นต้องให้ความคุ้มครองเพิ่มขึ้นอีก

3.1.2 ระดับของมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีที่กฎหมายให้ความคุ้มครอง

ระดับของมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีที่กฎหมายแต่ละประเทศให้ความคุ้มครองนั้นแสดงให้เห็นในบทบัญญัติกฎหมายของประเทศเหล่านั้น โดยมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีที่กฎหมายให้ความคุ้มครองนั้นจะต้องเป็นมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีในระดับที่กฎหมายกำหนด ซึ่งเมื่อพิจารณาบทบัญญัติกฎหมายของต่างประเทศแล้วพบว่าการพิจารณาระดับของมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีที่จะได้รับความคุ้มครองนั้นของแต่ละประเทศนั้น จะพิจารณาจากการกำหนดในประเด็นเรื่อง “ความมีประสิทธิภาพ (effectiveness)” ของมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีเหล่านั้น

คำว่า “ประสิทธิภาพ” หมายถึง ความสามารถที่ทำให้เกิดผลในการงาน[21] ความสามารถที่จะทำงานให้เกิดผลสำเร็จ[22] ซึ่งเมื่อพิจารณาความหมายโดยทั่วไปของคำว่า “ประสิทธิภาพแล้ว พบว่ามาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีที่อยู่ในระดับซึ่งเรียกได้ว่ามีประสิทธิภาพนั้น จะต้องเป็นมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีที่สามารถทำงานซึ่งก็คือการป้องกันการละเมิดลิขสิทธิ์ให้เกิดผลสำเร็จได้ ดังนั้น มาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีที่เสียหาย เสื่อมคุณภาพจนไม่สามารถป้องกันการละเมิดลิขสิทธิ์ได้ย่อมไม่ใช่มาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีที่มีประสิทธิภาพ

ปัจจุบัน ระดับของมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีที่ประเทศต่างๆ ให้ความคุ้มครองนั้นมีความแตกต่างกันโดยอาจจำแนกได้เป็น 2 แนวทาง ได้แก่[23]

---

[21] พจนานุกรม ฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2525, พิมพ์ครั้งที่ 6(กรุงเทพมหานคร: บริษัท อักษรเจริญทัศน์ อจท. จำกัด, 2539), หน้า 511.

[22] พจนานุกรม ไทย-ไทย อ.เปลื้อง ณ นคร แหล่งที่มา http://guru.sanook.com/dictionary/(10 เมษายน 2552)

[23] จักรกฤษณ์ ควรพจน์ และนันทน อินทนนท์, ลิขสิทธิ์ยุคเทคโนโลยีดิจิตอล มาตรการทางเทคโนโลยีและทางเลือกสำหรับประเทศไทย, หน้า 62-63.

(1) แนวทางที่หนึ่ง การกำหนดไว้เป็นเงื่อนไขในกฎหมายว่ามาตรการทางเทคโนโลยีที่ได้รับความคุ้มครองต้องเป็นมาตรการทางเทคโนโลยีที่มีประสิทธิภาพ เช่น ประเทศสหรัฐอเมริกา เยอรมัน เดนมาร์ค อังกฤษ ประเทศเนเธอร์แลนด์ ฮังการี ออสเตรเลีย

(2) แนวทางที่สอง การไม่กำหนดเงื่อนไขไว้ในกฎหมายว่ามาตรการทางเทคโนโลยีต้องเป็นมาตรการที่มีประสิทธิภาพเท่านั้น การร่างกฎหมายเช่นนี้จะทำให้มาตรการทางเทคโนโลยีทุกประเภทเป็นมาตรการทางเทคโนโลยีที่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายทั้งสิ้น ประเทศที่ใช้รูปแบบเช่นนี้คือ ประเทศญี่ปุ่น

ทั้งนี้ ระดับของมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีที่กฎหมายของแต่ละประเทศให้ความคุ้มครองก่อให้เกิดผลที่แตกต่างกันดังจะได้อธิบายดังต่อไปนี้

3.1.2.1 **<u>กลุ่มที่ให้ความคุ้มครองแก่มาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีที่มีประสิทธิภาพเท่านั้น</u>**

ประเทศที่ดำเนินการตามแนวทางแรกนี้จะกำหนดไว้ในกฎหมายอย่างชัดเจนว่ามาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีที่มีจะได้รับความคุ้มครองนั้นจะต้องเป็นมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีที่มีประสิทธิภาพเท่านั้น โดยแบ่งได้เป็น 2 กลุ่มย่อย คือ กลุ่มที่ไม่บัญญัติความหมายของความมีประสิทธิภาพไว้ บัญญัติความหมายของความมีประสิทธิภาพเอาไว้ด้วย ดังนี้

3.1.2.1.1 **กลุ่มที่ไม่บัญญัติความหมายของความมีประสิทธิภาพไว้**

กลุ่มนี้แม้จะกำหนดให้ความคุ้มครองแก่มาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีที่มีประสิทธิภาพเท่านั้น แต่ไม่ได้ให้ความหมายของความมีประสิทธิไว้ด้วย ได้แก่

(1) สนธิสัญญาลิขสิทธิ์

ข้อ 11 ของสนธิสัญญาลิขสิทธิ์ (WIPO Copyright Treaty หรือ WCT) กำหนดให้มาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีที่จะได้รับความคุ้มครองต้องเป็นมาตรการทางเทคโนโลยีที่มีประสิทธิภาพเท่านั้น แต่ไม่ได้ให้คำจำกัดความที่ชัดเจนว่าสิ่งที่ทำให้มาตรการทางเทคโนโลยีนั้น "มีประสิทธิภาพ" คืออะไร[24] โดยถ้อยคำในสนธิสัญญาบัญญัติเพียงว่า "ภาคีจะต้องกำหนดมาตรการป้องกันทางกฎหมาย...แก่การกระทำอันเป็นการหลีกเลี่ยง *มาตรการทางเทคโนโลยีที่มีประสิทธิภาพ*..."

(2) กฎหมายของประเทศเยอรมัน

ข้อ 95a(2) แห่งกฎหมายลิขสิทธิ์ของเยอรมัน (The German Copyright Act of September 9, 1965, amended on September 10, 2003) บัญญัติว่า "..... เทคโนโลยี, อุปกรณ์ และส่วนประกอบซึ่งในการใช้งานโดยปกติถูกออกแบบมาเพื่อป้องกันหรือยับยั้งการกระทำภายใต้งานซึ่งได้รับความคุ้มครอง หรือสิ่งอื่นซึ่งได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายนี้ ซึ่งไม่ได้รับอนุญาตโดยผู้ถือสิทธิ"[25]

คำจำกัดความในข้อ 95a(2) ที่บัญญัติว่า "...การใช้งานซึ่งได้รับความคุ้มครอง...ถูกควบคุมโดยผู้ถือสิทธิ (rightholder) ตลอดจนโปรแกรม (application) ควบคุมการเข้าถึง กระบวนการป้องกันใดๆ เช่น การเข้ารหัส การคละข้อมูล หรือการเปลี่ยนรูปอื่นๆ หรือกลไกควบคุมการทำซ้ำใดๆ ซึ่งบรรลุวัตถุประสงค์ในการป้องกัน" นั้นเห็นได้ว่าใช้ถ้อยคำใกล้เคียงกันกับข้อ 6(3) ของกฎหมายสหภาพยุโรป โดยให้คำจำกัดความมาตรการทางเทคโนโลยี (technological measures) ว่าจะต้อง "มีประสิทธิภาพ (effective)"[26]

---

[24] June M. Besek, "**Anti-circumvention laws and copyright: A report from the Kernochan center for law, media and the arts**," Columbia Journal of law and the arts 45.

[25] The German Copyright Act of September 9, 1965, amended on September 10, 2003 , อ้างใน Transpoting the copyright directive. p.13.

[26] Michael Girsberger and Urs Gasser, "**Transposing the Copyright Directive:Legal Protection of Technological Measures in EU-Member States**," in Berkman working paper No.2004-10, p.13.

เนื่องจากในการนำมาบังคับใช้เป็นกฎหมายภายในนั้น เยอรมันแทบที่จะลอกเอาคำจำกัดความของถ้อยคำในกฎหมายของสหภาพยุโรปมา ดังนั้น จึงไม่มีความชัดเจนว่าอย่างไรจึงจะเป็นมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีที่มีประสิทธิภาพ (effective technological protection measures) ซึ่งในประเด็นนี้มีผู้ให้ความเห็นว่า มาตรการที่เป็นอุปสรรคในการหลีกเลี่ยง (circumvention) ของผู้ใช้โดยทั่วไปนั้นเป็นมาตรการทางเทคโนโลยีที่มีประสิทธิภาพ อย่างไรก็ตามมีผู้โต้แย้งว่ามาตรการทางเทคโนโลยีที่มีประสิทธิภาพหมายถึงเทคโนโลยีใดๆ ก็ตามทั้งหมด ถ้าการกระทำเกี่ยวกับการหลีกเลี่ยง (Circumvention) นั้นได้ถูกกระทำขึ้นเพื่อที่จะลัดระบบควบคุม[27]

3.1.2.1.2 <u>กลุ่มที่บัญญัติความหมายของความมีประสิทธิภาพ</u>

กลุ่มนี้กำหนดให้มาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีที่จะได้รับความคุ้มครองต้องเป็นมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีที่มีประสิทธิภาพเท่านั้น อีกทั้งยังได้ให้ความหมายของความมีประสิทธิเอาไว้ด้วย ได้แก่

(1) กฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา

ข้อ 1201(a)(1)(A) บัญญัติห้ามการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีที่มีประสิทธิภาพซึ่งควบคุมการเข้าถึงงานที่ได้รับความคุ้มครองตามข้อบทนี้[28]

ข้อ 1201(a)(2)(A) บัญญัติห้ามการผลิต (manufacture) นำเข้า (import) เสนอต่อสาธารณชน (offer) จัดหา (provide) หรือจำหน่ายจ่ายโอน (traffic) โดยวิธีอื่น ซึ่งเทคโนโลยี ผลิตภัณฑ์ บริการ อุปกรณ์ ส่วนประกอบ หรือชิ้นส่วนใดๆ ซึ่งจะถูกออกแบบหรือผลิตเพื่อวัตถุประสงค์ในการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีที่มีประสิทธิภาพในการควบคุมการเข้าถึงงานที่ได้รับความคุ้มครองตามข้อบทนี้[29]

---

[27] Ibid.

[28] Title 17 Chapter 12 S 1201(a)(1)(A) of The Digital Millennium Copyright Act 1998

[29] Title 17 Chapter 12 S 1201(a)(2)(A) of The Digital Millennium Copyright Act 1998

ข้อ 1201 (b)(1)(A) บัญญัติห้ามการผลิต (manufacture) นำเข้า (import) เสนอต่อสาธารณชน (offer) จัดหา (provide) หรือจำหน่ายจ่ายโอน (traffic) โดยวิธีอื่น ซึ่งเทคโนโลยี ผลิตภัณฑ์ บริการ อุปกรณ์ ส่วนประกอบ หรือชิ้นส่วนใดๆ ซึ่งจะถูกออกแบบหรือผลิตเพื่อวัตถุประสงค์ในการหลีกเลี่ยงการป้องกันจากมาตรการทางเทคโนโลยีที่มีประสิทธิภาพที่ใช้คุ้มครองสิทธิ์ของเจ้าของลิขสิทธิ์[30]

ข้อ 1201(a)(3)(B) บัญญัติว่า มาตรการทางเทคโนโลยีใดๆ จะควบคุมการเข้าถึงตัวงานอย่างมีประสิทธิภาพ หากมาตรการทางเทคโนโลยีนั้นโดยสภาพปกติของการทำงานจะมีการร้องขอข้อมูลหรือขั้นตอนหรือการปฏิบัติบางประการ โดยได้รับอนุญาตจากเจ้าของลิขสิทธิ์เพื่อผ่านเข้าสู่ตัวงาน[31]

ข้อ 1201(b)(2)(B) บัญญัติว่า มาตรการทางเทคโนโลยีใดๆ จะป้องกันสิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์ภายใต้ข้อบทนี้อย่างมีประสิทธิภาพ หากมาตรการทางเทคโนโลยีนั้นโดยสภาพปกติของการทำงาน ได้ป้องกัน ขัดขวาง หรือจำกัดการกระทำอื่นใดต่อสิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์ภายใต้บทบัญญัตินี้[32]

กฎหมายของสหรัฐกอเมริกากำหนดให้มาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีที่จะได้รับความคุ้มครองต้องเป็นมาตรการทางเทคโนโลยีที่มีประสิทธิภาพดังที่ได้บัญญัติไว้ในข้อ 1201(a)(1) และกฎหมายยังได้ให้คำจำกัดความด้วยว่าคือมาตรการทางเทคโนโลยีที่มีประสิทธิภาพมีลักษณะเช่นไรดังที่บัญญัติไว้ในข้อ 1201(a)(3)(B) และ 1201(b)(2)(B)

(2) กฎหมายของสหภาพยุโรป

ประเด็นในเรื่องความมีประสิทธิภาพนั้นข้อ 6(1) ระบุว่ามาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีต้องมีประสิทธิภาพและข้อ 6(3) ได้กำหนดนิยามของความมีประสิทธิภาพไว้ว่า มาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีจะได้รับการสันนิษฐานว่ามีประสิทธิภาพถ้าการใช้งานหรือวัสดุอื่นใดซึ่งได้รับการป้องกันถูกควบคุมโดยผู้ถือสิทธิผ่านทางมาตรการควบคุมการ

---

[30] Title 17 Chapter 12 S 1201(b)(1)(A) of The Digital Millennium Copyright Act 1998

[31] Title 17 Chapter 12 S 1201(a)(3)(B) of The Digital Millennium Copyright Act 1998

[32] Title 17 Chapter 12 S 1201(b)(2)(B) of The Digital Millennium Copyright Act 1998

เข้าถึงหรือกระบวนการป้องกัน เช่นการเข้ารหัส การเข้าสัญญาณ หรือการเปลี่ยนแปลงอื่นใดในงานหรือวัสดุอื่นใดหรือกลไกควบคุมการทำซ้ำ ซึ่งบรรลุวัตถุประสงค์ในการป้องกัน[33]

(3) กฎหมายของประเทศอังกฤษ

พระราชบัญญัติว่าด้วยลิขสิทธิ์ การออกแบบ และสิทธิบัตร ค.ศ. 1988 (The Copyright, Designs, and Patents Act of 1988 หรือ CDPA) แก้ไขเพิ่มเติมโดยข้อบังคับว่าด้วยลิขสิทธิ์และสิทธิอื่นที่เกี่ยวข้อง ค.ศ. 2003 (The Copyright and Related Rights Regulation 2003) ในประเด็นเกี่ยวกับความมีประสิทธิภาพของมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีนั้น กฎหมายอังกฤษบัญญัติไว้ในข้อ 296ZF(2) โดยบัญญัติความหมายของความมีประสิทธิภาพไว้ด้วยดังนี้

296ZF(2)[34] วางหลักว่า มาตรการทางเทคโนโลยีจะเป็นมาตรการทางเทคโนโลยีที่มีประสิทธิภาพถ้าการใช้งานนั้นถูกควบคุมโดยเจ้าของลิขสิทธิ์ผ่านทาง

(a) การควบคุมการเข้าถึง หรือกระบวนการป้องกันดังเช่น การเข้ารหัส การเข้าสัญญาณ หรือการเปลี่ยนแปลงงานโดยวิธีอื่นซึ่งบรรลุวัตถุประสงค์ในการป้องกันโดยเจตนา หรือ

(b) กลไกควบคุมการทำซ้ำซึ่งบรรลุวัตถุประสงค์ในการป้องกันโดยเจตนา

---

[33] Michael Girsberger and Urs Gasser, **"Transposing the Copyright Directive:Legal Protection of Technological Measures in EU-Member States,"** in Berkman working paper No.2004-10, **p.10.**

[34] Section 296ZF(1) of The Copyright, Designs, and Patents Act of 1988 Available from http//www.opsi.gov.uk [2008, June 18]

(4) กฎหมายของประเทศเดนมาร์ค

ข้อ 75c(1) กฎหมายลิขสิทธิ์ของเดนมาร์ค (The Danish copyright Act หรือ Consolidated Act No. 164 of March 12, 2003) บัญญัติว่า "ห้ามการกระทำอันเป็นการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีที่มีประสิทธิภาพ (effective technological measures) โดยปราศจากความยินยอมของผู้ถือสิทธิ (rightholder)"[35]

ข้อ 75c(4) บัญญัติว่า "มาตรการทางเทคโนโลยีที่มีประสิทธิภาพเป็นมาตรการใดๆ ซึ่งในทางใช้งานตามปกติถูกออกแบบมาเพื่อป้องกันงาน การแสดงและผลงานอื่นใดซึ่งรับความคุ้มครองภายใต้พระราชบัญญัตินี้..."[36]

เห็นได้ว่ากฎหมายลิขสิทธิ์ของเดนมาร์คให้ความคุ้มครองแก่มาตรการทางเทคโนโลยีที่มีประสิทธิภาพ โดยได้ให้ความหมายของมาตรการทางเทคโนโลยีที่มีประสิทธิภาพเอาไว้ด้วย

(5) กฎหมายของประเทศเนเธอร์แลนด์

กฎหมายลิขสิทธิ์ของเนเธอร์แลนด์ (Dutch Copyright Act of 1912) กำหนดว่ามาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีที่จะได้รับความคุ้มครองต้องเป็นมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีที่มีประสิทธิภาพเท่านั้น อีกทั้งยังให้ความหมายคำว่ามีประสิทธิภาพเอาไว้ด้วยโดยบัญญัติไว้ในข้อ 29a(1) ดังนี้

ข้อ 29a(1) บัญญัติว่า "มาตรการทางเทคโนโลยี คือ เทคโนโลยี อุปกรณ์ หรือส่วนประกอบซึ่งในทางการใช้งานโดยปกตินั้นใช้เพื่อหลีกเลี่ยงหรือขัดขวางการกระทำต่องานโดยไม่ได้รับอนุญาตโดยผู้ประพันธ์ (auther) หรือผู้รับโอนสิทธิในนามของผู้ประพันธ์นั้น...จะเป็นมาตรการทางเทคโนโลยีที่มีประสิทธิภาพหากการใช้งานที่ได้รับความคุ้มครองของผู้ประพันธ์หรือผู้รับโอนสิทธิ์ของผู้ประพันธ์นั้น ถูกควบคุมโดยวิธีการควบคุมการเข้าถึง

---

[35] Chapter 6 , 75(c)(1) of Consolidated Act No.164 on Copyright 2003

[36] Michael Girsberger and Urs Gasser, "**Transposing the Copyright Directive:Legal Protection of Technological Measures in EU-Member States**," in Berkman working paper No.2004-10, p.13.

หรือโดยวิธีการเกี่ยวกับการป้องกัน เช่นการเข้ารหัส การคละข้อมูล หรือการเปลี่ยนแปลงงานโดยวิธีอื่นซึ่งบรรลุวัตถุประสงค์ในการป้องกัน หรือกลไกควบคุมการทำซ้ำ"

(6) กฎหมายของประเทศฮังการี

กฎหมายของฮังการี (Act No. LXXVI of 1999) บัญญัติไว้ในข้อที่ 29a(1) ว่า " มาตรการทางเทคโนโลยีคือ อุปกรณ์ ผลิตภัณฑ์ส่วน ขั้นตอน และวิธีการทุกชนิด ซึ่งถูกออกแบบมาเพื่อป้องกันหรือขัดขวางการกระทำอันเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์...มาตรการทางเทคโนโลยีจะถูกพิจารณาว่ามีประสิทธิภาพถ้าผลตามเทคนิคของมัน ทำให้ผู้ใช้งานสามารถเข้าถึงงานนั้นได้ง่าย"

บทบัญญัติใช้ถ้อยคำว่า "...มาตรการทางเทคโนโลยีจะถูกพิจารณาว่ามีประสิทธิภาพ ถ้าผลตามเทคนิคของมัน ทำให้ผู้ใช้งานสามารถเข้าถึงงานนั้นได้ง่าย..." แสดงให้เห็นว่ามาตรการทางเทคโนโลยีนั้นจะต้องเป็นมาตรการทางเทคโนโลยีที่มีประสิทธิภาพเช่นเดียวกับประเทศอื่น[37] ทั้งยังได้ให้ความหมายของความมีประสิทธิภาพไว้ด้วย

(7) กฎหมายของประเทศออสเตรเลีย

เดิมกฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศออสเตรเลีย (The Copyright Amendment (Digital Agenda) Act 2000) ไม่ได้กำหนดว่ามาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีที่จะได้รับความคุ้มครองนั้นจะต้องเป็นมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีที่มีประสิทธิภาพ โดยในข้อ 15B S10(1) บัญญัติไว้ดังนี้[38]

"มาตรการป้องกันทางเทคโนโลยี คือ อุปกรณ์ ผลิตภัณฑ์หรือส่วนประกอบที่รวมเข้าเป็นกระบวนการใดๆ ซึ่งในทางการใช้งานตามปกติถูกออกแบบมาเพื่อป้องกันหรือขัดขวางการละเมิดลิขสิทธิ์ในงานหรือวัสดุอื่นใดโดยวิธีใดวิธีหนึ่งหรือทั้งสองวิธีดังต่อไปนี้

---

[37] Ibid., p.15.

[38] The Copyright Amendment (Digital Agenda) Act 2000, 15B Subsection 10(1).

(a) โดยทำให้แน่ใจการเข้าถึงงานหรือวัสดุอื่นใดสามารถกระทำก็แต่เพียงโดยการใช้รหัสเข้าถึงหรือกระบวนการอย่างใดๆ (รวมทั้งการถอดรหัส การถอดสัญญาณหรือการเปลี่ยนแปลงอื่นๆ ซึ่งงานหรือวัสดุอื่นใด) โดยความยินยอมของเจ้าของลิขสิทธิ์หรือผู้ได้รับมอบอำนาจของบุคคลนั้น

(b) ตลอดจนกลไกควบคุมการทำซ้ำ"

อย่างไรก็ตาม ปัจจุบันออสเตรเลียได้ลงนามในข้อตกลงเขตการค้าเสรีกับสหรัฐอเมริกา (Australia Free Trade Areas) หรือ AUSFTA

ข้อ 17.4 .7(a) ของ AUSFTA บัญญัติว่า[39] "เพื่อกำหนดให้มีความคุ้มครองทางกฎหมายที่เหมาะสมและการเยียวยาต่อการกระทำอันเป็นการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีที่มีประสิทธิภาพซึ่งผู้ประพันธ์ นักแสดง และผู้ผลิตสิ่งบันทึกเสียงใช้เกี่ยวข้องกับการบริหารสิทธิของตน คู่สัญญาแต่ละฝ่ายจะต้องกำหนดเงื่อนไขว่า บุคคลผู้ซึ่ง

(i) รู้หรือมีหลักฐานที่สมเหตุสมผลว่ารู้และโดยปราศจากอำนาจได้หลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีที่มีประสิทธิภาพใดๆ ซึ่งควบคุมการเข้าถึงงาน การแสดง หรือสิ่งบันทึกเสียง หรือวัสดุอื่นใดที่ได้รับการคุ้มครอง

(ii) ผลิต นำเข้า จัดจำหน่าย เสนอต่อสาธารณะ จัดหา หรือดำเนินธุรกรรมซึ่งอุปกรณ์ ผลิตภัณฑ์หรือส่วนประกอบ หรือผู้เสนอต่อสาธารณะ หรือจัดหาซึ่งบริการที่

(A) เป็นการส่งเสริม โฆษณา หรือวางตลาด เพื่อเจตนารมณ์ในการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีที่มีประสิทธิภาพใดๆ

(B) มีวัตถุประสงค์หรือประโยชน์สำคัญทางการค้าเพียงเพื่อที่จะหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีที่มีประสิทธิภาพ หรือ

(C) ในขั้นต้นได้รับการออกแบบ ผลิต แสดง โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อก่อให้เกิดหรือให้ความสะดวกแก่การหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีที่มี

---

[39] Urs Gasser, **"Legal Frameworks and Technological Protection of Digital Content: Moving Forward Towards a Best Practice Model,"** in Berkman center research publication No.2006-04, pp.52-53.

ประสิทธิภาพใดๆ

จะต้องรับผิดและปฏิบัติตามเงื่อนไขการเยียวยาที่ระบุไว้ในข้อ 17.11.13"

ข้อ 17.4.7(b) บัญญัติว่า[40] "มาตรการทางเทคโนโลยีที่มีประสิทธิภาพ คือ เทคโนโลยี อุปกรณ์หรือส่วนประกอบใดๆ ซึ่งในทางใช้งานตามปกติถูกออกแบบมาเพื่อควบคุมการเข้าถึงยังงาน การแสดงหรือสิ่งบันทึกเสียงที่ได้รับการคุ้มครอง หรือเพื่อคุ้มครองลิขสิทธิ์ใดๆ"

บทบัญญัติ AUSFTA ทั้งในข้อ 17.4.7(a) และ ข้อ17.4.7(b) เปลี่ยนแปลงการให้ความคุ้มครองมาตรการทางเทคโนโลยีตามกฎหมายของประเทศออสเตรเลีย โดยได้เพิ่มหลักเกณฑ์ว่ามาตรการทางเทคโนโลยีที่จะได้รับความคุ้มครองนั้นจะต้องเป็นมาตรการทางเทคโนโลยีที่มีประสิทธิภาพซึ่งต่างจากกฎหมายเดิมของออสเตรเลียที่ไม่ได้มีการกล่าวถึงประเด็นดังกล่าวนี้ไว้ อีกทั้งบทบัญญัติของ AUSFTA ยังได้ให้ความหมายของมาตรการทางเทคโนโลยีที่มีประสิทธิภาพไว้ด้วย

3.1.2.2 <u>กลุ่มที่ไม่กำหนดว่าต้องเป็นมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีที่มีประสิทธิภาพ</u>

กฎหมายในกลุ่มนี้ไม่กำหนดไว้ในบทบัญญัติว่ามาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีที่จะได้รับความคุ้มครองจะต้องเป็นมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีที่มีประสิทธิภาพเท่านั้น ดังนั้น โดยหลักแล้วตามกฎหมายเหล่านี้มาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีทุกชนิดล้วนได้รับความคุ้มครองทั้งสิ้น ประเทศที่บัญญัติกฎหมายในแนวทางเช่นนี้ ได้แก่ ประเทศญี่ปุ่น

กฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศญี่ปุ่น (The Japan Copyright Law หรือ JCL) โดยได้บัญญัติให้คำจำกัดความของมาตรการทางเทคโนโลยีไว้ในข้อ 2(1)(XX) โดยให้คำ

---

[40] Libby Baulch, **Submission on copyright Amendment (technological Protection Measures) Bill 2006 (Exposure Draft)**. Australian copyright council, September 2006, Available on http://www.copyright.org.au, p.3.

จำกัดความว่า มาตรการป้องกันทางเทคโนโลยี หมายถึงมาตรการที่ป้องกันหรือขัดขวางการกระทำอันเป็นการละเมิดสิทธิของผู้ประพันธ์หรือลิขสิทธิ์ตามข้อ 17(1) หรือสิทธิของนักแสดงตามข้อ 89(1) หรือสิทธิข้างเคียงตามข้อ 89(6)[41]

บทบัญญัติของประเทศญี่ปุ่นไม่ได้กำหนดว่ามาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีนั้นจะต้องเป็นมาตรการทางเทคโนโลยีที่มีประสิทธิภาพ การไม่กำหนดเงื่อนไขว่ามาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีจะต้องเป็นมาตรการที่มีประสิทธิภาพเช่นนี้มีผลให้มาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีทุกประเภทเป็นมาตรการที่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายทั้งสิ้น[42]

ตารางที่ 3.2 ตารางเปรียบเทียบระดับของมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีที่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายต่างประเทศ

กฎหมาย	ระดับของมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีที่ได้รับความคุ้มครอง	
	ระบุว่าต้องมีประสิทธิภาพ	ระบุคำจำกัดความของความมีประสิทธิภาพ
สหภาพยุโรป	✓	✓
สหรัฐอเมริกา	✓	✓
เยอรมัน	✓	-
เดนมาร์ค	✓	✓
อังกฤษ	✓	✓
เนเธอร์แลนด์	✓	✓
ฮังการี	✓	✓
ออสเตรเลีย	✓	✓
	-	-

[41] June M. Besek, "Anti-circumvention laws and copyright: A report from the Kernochan center for law, media and the arts," Columbia Journal of law and the arts 41.

[42] นันทน อินทนนท์, ลิขสิทธิ์ยุคเทคโนโลยีดิจิตอล มาตรการทางเทคโนโลยีและทางเลือกสำหรับประเทศไทย, หน้า 62-63.

3.1.2.2 **วิเคราะห์กรณีมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีที่มีประสิทธิภาพ**

ดังกล่าวมาแล้วว่าระดับของมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีที่กฎหมายให้ความคุ้มครองจำแนกได้เป็น 2 แนวทาง แนวทางแรกที่ให้ความคุ้มครองแก่มาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีที่มีประสิทธิภาพเท่านั้น แนวทางที่สองไม่ได้กำหนดว่ามาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีจะต้องเป็นมาตรการที่มีประสิทธิภาพ โดยแนวทางแรกนั้นจำแนกได้เป็นสองกลุ่ม กลุ่มแรกไม่บัญญัติความหมายของความมีประสิทธิภาพไว้ และกลุ่มที่สองบัญญัติความหมายของความมีประสิทธิภาพเอาไว้ด้วย

การบัญญัติกฎหมายที่แตกต่างกันสองแนวทางดังกล่าวนี้ให้ผลในการคุ้มครองมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีที่แตกต่างกัน กล่าวคือ การกำหนดว่ามาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีจะต้องเป็นมาตรการที่มีประสิทธิภาพจะทำให้มาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีที่ได้รับการออกแบบมาแต่ไม่สามารถควบคุมการทำซ้ำหรือการเข้าถึงได้อย่างจริงจังไม่ได้รับความคุ้มครอง จะต้องเป็นมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีที่สามารถป้องกันการทำซ้ำหรือการเข้าถึงได้อย่างมีประสิทธิภาพเท่านั้นจึงจะได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย ส่วนการบัญญัติกฎหมายตรามแนวทางที่สองซึ่งไม่กำหนดเงื่อนไขว่ามาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีที่จะได้รับความคุ้มครองต้องเป็นมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีที่มีประสิทธิภาพนั้นส่งผลให้มาตรการทางเทคโนโลยีทุกชนิดได้รับความคุ้มครอง รวมทั้งมาตรการทางเทคโนโลยีที่ไม่มีประสิทธิภาพด้วย เช่น มาตรการทางเทคโนโลยีที่ล้าสมัย มาตรการทางเทคโนโลยีที่ง่ายต่อการหลีกเลี่ยง มาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีที่สามารถเกิดการหลีกเลี่ยงได้โดยบังเอิญ และมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีที่ทำหน้าที่ผิดปกติได้[43] ดังนั้น การบัญญัติให้มาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีต้องเป็นมาตรการที่มีประสิทธิภาพน่าจะเหมาะสมกว่า

3.1.3 **มาตรการทางเทคโนโลยีกับการกระทำอันเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์**

กฎหมายของประเทศต่างๆ ที่ให้ความคุ้มครองแก่มาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีนั้นสามารถจำแนกได้เป็น 3 กลุ่ม คือ (1) กลุ่มที่ให้ความคุ้มครองเฉพาะมาตรการป้องกันทาง

---

[43] จักรกฤษณ์ ควรพจน์ และ นันทน อินทนนท์, ลิขสิทธิ์ยุคเทคโนโลยีดิจิตอล มาตรการทางเทคโนโลยี และทางเลือกสำหรับประเทศไทย, หน้า 62.

เทคโนโลยีที่ป้องกันงานอันมีลิขสิทธิ์ (2) กลุ่มที่ให้ความคุ้มครองเฉพาะมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีที่ป้องกันการกระทำอันเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ และ (3) กลุ่มที่ไม่จำกัดว่าต้องเป็นมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีที่ใช้ป้องกันงานอันมีลิขสิทธิ์หรือป้องกันการกระทำอันเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์เท่านั้น ดังนี้

3.1.3.1 **<u>กลุ่มที่ให้ความคุ้มครองเฉพาะมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีที่ป้องกันงานอันมีลิขสิทธิ์</u>**

กฎหมายในกลุ่มนี้ให้ความคุ้มครองแก่มาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีที่มีวัตถุประสงค์เพื่อป้องกันงานอันมีลิขสิทธิ์เท่านั้น ไม่ขยายขอบเขตไปถึงการนำมาตราการป้องกันทางเทคโนโลยีมาใช้กับงานที่ไม่มีลิขสิทธิ์ ได้แก่

(1) กฎหมายของประเทศอังกฤษ

พระราชบัญญัติว่าด้วยลิขสิทธิ์ การออกแบบ และสิทธิบัตร ค.ศ. 1988 (The Copyright, Designs, and Patents Act of 1988 หรือ CDPA) แก้ไขเพิ่มเติมโดยข้อบังคับว่าด้วยลิขสิทธิ์และสิทธิอื่นที่เกี่ยวข้อง ค.ศ. 2003 (The Copyright and Related Rights Regulation 2003) ในข้อ 296ZF(1)[44] วางหลักว่า มาตรการทางเทคโนโลยี คือ เทคโนโลยี อุปกรณ์ หรือส่วนประกอบใดๆ ซึ่งในทางใช้งานโดยปกติถูกออกแบบมาเพื่อป้องกันงานอันมีลิขสิทธิ์นอกเหนือไปจากโปรแกรมคอมพิวเตอร์"

บทบัญญัติ 296ZF(1) ใช้ถ้อยคำว่า "...ถูกออกแบบมาเพื่อป้องกันงานอันมีลิขสิทธิ์..." แสดงว่ามาตรการทางเทคโนโลยีที่ได้รับความคุ้มครองจะต้องเป็นมาตรการทางเทคโนโลยีที่มีวัตถุประสงค์ในการป้องกันงานอันมีลิขสิทธิ์เท่านั้น[45] ดังนั้น มาตรการทาง

---

[44] Section 296ZF(1) of The Copyright, Designs, and Patents Act of 1988 Available from http//www.opsi.gov.uk [2008, June 18]

[45] Michael Girsberger and Urs Gasser, "**Transposing the Copyright Directive:Legal Protection of Technological Measures in EU-Member States**," in <u>Berkman working paper No.2004-10</u>, p.14.

เทคโนโลยีที่ใช้เพื่อป้องกันหรือยับยั้งการใช้งานที่ไม่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์จะไม่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายนี้

(2) กฎหมายของประเทศเยอรมัน

ข้อ 95a(2) แห่งกฎหมายลิขสิทธิ์ของเยอรมัน บัญญัติว่า “มาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีหมายถึง เทคโนโลยี, อุปกรณ์ และส่วนประกอบซึ่งในการใช้งานโดยปกติถูกออกแบบมาเพื่อป้องกันหรือยับยั้งการกระทำภายใต้งานซึ่งได้รับความคุ้มครอง หรือสิ่งอื่นซึ่งได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายนี้ ซึ่งไม่ได้รับอนุญาตโดยผู้ถือสิทธิ”[46]

ถ้อยคำของกฎหมายที่บัญญัติว่า “...ภายใต้งานที่ได้รับการคุ้มครองหรือสิ่งอื่นที่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายนี้...” แสดงให้เห็นว่ากฎหมายให้ความคุ้มครองงานที่อยู่ภายใต้เงื่อนไขการคุ้มครองทางลิขสิทธิ์ ดังนั้น มาตรการทางเทคโนโลยีที่ถูกนำมาใช้กับงานซึ่งไม่สามารถมีลิขสิทธิ์ได้ (non-copyrightable works) หรืองานที่ไม่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์ (work in the public domain) จะไม่ได้รับความคุ้มครองภายใต้กฎหมายนี้[47]

3.1.3.2 **<u>กลุ่มที่ให้ความคุ้มครองเฉพาะมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีที่ป้องกันการละเมิดลิขสิทธิ์</u>**

มาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีทีจะได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายของกลุ่มนี้นั้นไม่เพียงแต่จะต้องเป็นมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีที่นำมาใช้เพื่อป้องกันงานอันมีลิขสิทธิ์เท่านั้น แต่จะต้องนำมาใช้เพื่อป้องกันการกระทำอันเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ด้วย ประเทศที่ใช้แนวทางนี้ได้แก่

---

[46] The German Copyright Act of September 9, 1965, amended on September 10, 2003 , อ้างใน Transpoting the copyright directive. p.13.

[47] Ibid.

(1) กฎหมายของประเทศฮังการี

กฎหมายของฮังการี (Act No. LXXVI of 1999) บัญญัติเกี่ยวกับคำจำกัดความของมาตรการทางเทคโนโลยีไว้ในข้อที่ 29a(1) ว่า " มาตรการทางเทคโนโลยีคือ อุปกรณ์ ผลิตภัณฑ์ส่วน ขั้นตอน และวิธีการทุกชนิด ซึ่งถูกออกแบบมาเพื่อป้องกันหรือขัดขวางการกระทำอันเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์...มาตรการทางเทคโนโลยีจะถูกพิจารณาว่ามีประสิทธิภาพถ้าผลตามเทคนิคของมัน ทำให้ผู้ใช้งานสามารถเข้าถึงงานนั้นได้ง่าย"

บทบัญญัติใช้คำว่า "...ถูกออกแบบมาเพื่อป้องกันหรือขัดขวางการกระทำอันเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์..." แทนที่จะใช้ถ้อยคำทำนองที่ว่า "...ถูกออกแบบมาเพื่อหลีกเลี่ยงหรือขัดขวางการกระทำ...ซึ่งไม่ได้รับอนุญาตโดยผู้ถือสิทธิ..." การบัญญัติกฎหมายโดยใช้ถ้อยคำในลักษณะเช่นนี้แสดงให้เห็นทัศนะเรื่องคำจำกัดความคำว่ามาตรการป้องกันทางเทคโนโลยี (technological protection measures) ของประเทศฮังการีที่แตกต่างไปจากประเทศสมาชิกสหภาพยุโรปส่วนใหญ่[48] กล่าวคือ มาตรการทางเทคโนโลยีที่จะได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายของประเทศฮังการีนั้น จะต้องเป็นมาตรการทางเทคโนโลยีที่ป้องกันหรือขัดขวางการกระทำที่เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์เท่านั้น แตกต่างจากลุ่มประเทศสหภาพยุโรปส่วนใหญ่ซึ่งไม่จำกัดว่าจะต้องเป็นมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีที่นำมาใช้เพื่อป้องกันการละเมิดลิขสิทธิ์เท่านั้น

(2) กฎหมายของประเทศออสเตรเลีย

ในข้อ 15B S10(1) ของพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ ค.ศ. 2001 (The Copyright Amendment Act 2000 หรือ Digital Agenda) ใช้ถ้อยคำว่า "มาตรการป้องกันทางเทคโนโลยี หมายถึง อุปกรณ์ ผลิตภัณฑ์ หรือส่วนประกอบใดๆ ซึ่งในทางการใช้งานตามปกติถูกออกแบบมาเพื่อป้องกันหรือขัดขวางการละเมิดลิขสิทธิ์..." การใช้ถ้อยคำเช่นนี้เป็นการห้ามเฉพาะการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีที่ถูกใช้เพื่อป้องกันการกระทำที่เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์เท่านั้น การหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีใดๆ เพื่อการกระทำที่ไม่เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ย่อมไม่เป็นความผิดตามกฎหมายของประเทศออสเตรเลีย

---

[48] Ibid., p.15.

(3) กฎหมายของประเทศญี่ปุ่น

กฎหมายลิขสิทธิ์ของญี่ปุ่น (The Japan Copyright Law หรือ JCL) โดยได้บัญญัติให้คำจำกัดความของมาตรการทางเทคโนโลยีไว้ในข้อ 2(1)(XX) ไว้ว่า มาตรการป้องกันทางเทคโนโลยี หมายถึงมาตรการที่ป้องกันหรือขัดขวางการกระทำอันเป็นการละเมิดสิทธิของผู้ประพันธ์หรือลิขสิทธิ์ตามข้อ 17(1) หรือสิทธิของนักแสดงตามข้อ 89(1) หรือสิทธิข้างเคียงตามข้อ 89(6)[49]

กฎหมายใช้ถ้อยคำว่า "...ป้องกันหรือขัดขวางการกระทำอันเป็นการละเมิดสิทธิของผู้ประพันธ์หรือลิขสิทธิ์..." แสดงให้เห็นว่ามาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีที่จะได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายของญี่ปุ่นนั้นจะต้องเป็นมาตรการที่นำมาใช้ป้องกันการกระทำอันเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์เท่านั้น

3.1.3.3 <u>ไม่กำหนดว่าต้องเป็นมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีที่ป้องกันงานอันมีลิขสิทธิ์หรือป้องกันการละเมิดลิขสิทธิ์</u>

กฎหมายในกลุ่มนี้ไม่จำกัดว่ามาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีที่จะได้รับความคุ้มครองนั้นจะต้องเป็นมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีที่ใช้ป้องกันงานอันมีลิขสิทธิ์หรือต้องเป็นมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีที่ใช้เพื่อป้องกันการกระทำอันเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์เท่านั้น แต่กฎหมายให้ความคุ้มครองไปถึงมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีที่ใช้เพื่อป้องกันงานที่ไม่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์ กฎหมายในกลุ่มนี้ได้แก่

(1) <u>สนธิสัญญาลิขสิทธิ์</u>

ข้อ 11 บัญญัติว่า "สมาชิกจะต้องจัดให้มีมาตรการป้องกันทางกฎหมายที่เหมาะสมและจัดให้มีการเยียวยาทางกฎหมายที่มีประสิทธิภาพ แก่การกระทำอันเป็น

---

[49] June M. Besek, "Anti-circumvention laws and copyright: A report from the Kernochan center for law, media and the arts," <u>Columbia Journal of law and the arts</u> 41.

การหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีที่มีประสิทธิภาพ (effective technology measure) ซึ่งนำมาใช้โดยผู้ประพันธ์ในความเกี่ยวข้องกับการบริหารสิทธิของตนภายใต้สนธิสัญญานี้หรืออนุสัญญาเบอร์นและเป็นมาตรการที่จำกัดการกระทำซึ่งไม่ได้รับอนุญาตโดยผู้ประพันธ์ที่เกี่ยวข้องหรือได้รับอนุญาตโดยกฎหมาย"[50]

เนื่องจากใช้ถ้อยคำว่า "...ซึ่งไม่ได้รับอนุญาตโดยผู้ประพันธ์ที่เกี่ยวข้องหรือได้รับอนุญาตโดยกฎหมาย" แสดงว่าสนธิสัญญาลิขสิทธิ์ห้ามการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีซึ่งจำกัดการกระทำใดๆ แม้ว่าการกระทำนั้นจะไม่ได้เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ก็ตาม

(2) กฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา

กฎหมายของสหรัฐอเมริกาให้ความคุ้มครองต่อมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีใดๆ ไม่เฉพาะมาตรการทางเทคโนโลยีที่ป้องกันการละเมิดลิขสิทธิ์เท่านั้น พิจารณาได้จากบัญญัติในข้อ 1201(a)(1)(A) และ 1201(a)(2)(A) ในกฎหมาย DMCA ดังนี้

ข้อ 1201(a)(1)(A) บัญญัติห้ามการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีที่มีประสิทธิภาพซึ่งควบคุมการเข้าถึงงานที่ได้รับความคุ้มครองตามบทบัญญัตินี้[51]

ข้อ 1201(a)(2)(A) บัญญัติห้ามการผลิต (manufacture) นำเข้า (import) เสนอต่อสาธารณชน (offer) จัดหา (provide) หรือจำหน่ายจ่ายโอน (traffic) โดยวิธีอื่นซึ่งเทคโนโลยี ผลิตภัณฑ์ บริการ อุปกรณ์ ส่วนประกอบ หรือชิ้นส่วนใดๆ ซึ่งจะถูกออกแบบหรือผลิตเพื่อวัตถุประสงค์ในการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีที่มีประสิทธิภาพในการควบคุมการเข้าถึงงานที่ได้รับความคุ้มครองตามข้อบทนี้[52]

เห็นได้ว่าถ้อยคำในบทบัญญัติทั้ง 2 ข้อใช้คำว่า "...งานที่ได้รับความคุ้มครองตามบทบัญญัตินี้" แสดงให้เห็นว่ามาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีที่จะได้รับความคุ้มครอง

---

[50] WIPO Copyright Treaty, Dec. 20, 1996, article 11.

[51] Title 17 Chapter 12 S 1201(a)(1)(A) of The Digital Millennium Copyright Act 1998

[52] Title 17 Chapter 12 S 1201(a)(2)(A) of The Digital Millennium Copyright Act 1998

ไม่จำเป็นต้องเป็นมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีที่นำมาใช้ป้องกันงานอันมีลิขสิทธิ์หรือป้องกันการกระทำอันเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์

(3) กฎหมายของสหภาพยุโรป

ข้อ 6(3) ของกฎหมายของสหภาพยุโรปบัญญัติว่า “เทคโนโลยี, อุปกรณ์, หรือส่วนประกอบใดๆ ซึ่งในการทำงานตามปกติถูกออกแบบมาเพื่อหลีกเลี่ยงหรือจำกัดการกระทำ..., ซึ่งไม่ได้รับอนุญาตโดยผู้ถือสิทธิในลิขสิทธิ์หรือสิทธิที่เกี่ยวข้องกับลิขสิทธิ์ (related to copy right)”

เมื่อพิจารณาบทบัญญัติกฎหมายลิขสิทธิ์ของสหภาพยุโรปใช้ถ้อยคำว่า “...ซึ่งไม่ได้รับอนุญาตโดยผู้ถือสิทธิในลิขสิทธิ์หรือสิทธิที่เกี่ยวข้องกับลิขสิทธิ์” การบัญญัติกฎหมายในลักษณะดังกล่าวนี้ทำให้การป้องกันมาตรการทางเทคโนโลยีขยายไปถึงสถานการณ์ซึ่งเทคโนโลยีที่ถูกใช้เพื่อป้องกันหรือขัดขวางการกระทำที่ได้รับยกเว้นภายใต้กฎหมายลิขสิทธิ์ แต่ไม่ได้รับอนุญาตโดยผู้ถือสิทธิ[53] กล่าวคือ กฎหมายห้ามการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีทุกชนิดซึ่งไม่ได้รับอนุญาตโดยผู้ถือสิทธิ มาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีนั้นไม่ได้นำมาใช้ป้องกันงานอันมีลิขสิทธิ์หรือป้องกันการกระทำอันเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ก็ตาม

(4) <u>กฎหมายของประเทศเดนมาร์ค</u>

ข้อ 75c(1) กฎหมายลิขสิทธิ์ของเดนมาร์ค (The Danish copyright Act หรือ Consolidated Act No. 164 of March 12, 2003) บัญญัติว่า “ห้ามการกระทำอันเป็นการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีที่มีประสิทธิภาพโดยปราศจากความยินยอมของผู้ทรงสิทธิ”[54]

กฎหมายของเดนมาร์คห้ามการกระทำอันเป็นการหลีกเลี่ยงมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีโดยปราศจากความยินยอมของผู้ทรงสิทธิ แสดงให้เห็นว่ากฎหมายให้ความ

---

[53] Urs Gasser, **“Legal Frameworks and Technological Protection of Digital Content: Moving Forward Towards a Best Practice Model,”** in <u>Berkman center research publication No.2006-04</u>, p.74.

[54] Chapter 6 , 75(c)(1) of Consolidated Act No.164 on Copyright 2003

คุ้มครองแม้มาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีนั้นจะไม่ได้นำมาใช้เพื่อป้องกันงานอันมีลิขสิทธิ์หรือป้องกันการกระทำอันเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ก็ตาม กฎหมายให้ความคุ้มครองไปถึงกรณีการหลีกเลี่ยงมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีโดยไม่ได้รับความยินยอมจากผู้ทรงสิทธิแม้การกระทำนั้นจะไม่ได้เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ก็ตาม

(5) <u>กฎหมายของประเทศเนเธอร์แลนด์</u>

กฎหมายของประเทศเนเธอร์แลนด์ (Dutch Copyright Act of 1912) บัญญัติให้ความคุ้มครองมาตรการทางเทคโนโลยีไว้ในข้อที่ 29a(1) ดังนี้

ข้อ 29a(1) บัญญัติว่า “มาตรการทางเทคโนโลยี คือ เทคโนโลยี อุปกรณ์ หรือส่วนประกอบซึ่งในทางการใช้งานโดยปกตินั้นใช้เพื่อหลีกเลี่ยงหรือขัดขวางการกระทำต่องานโดยไม่ได้รับอนุญาตโดยผู้ประพันธ์ (auther) หรือผู้รับโอนสิทธิในนามของผู้ประพันธ์นั้น...”

ถ้อยคำในบทบัญญัติใช้คำว่า “...ใช้เพื่อหลีกเลี่ยงหรือขัดขวางการกระทำต่องาน ซึ่งไม่ได้รับอนุญาตโดยผู้ประพันธ์หรือผู้ได้รับโอนสิทธิของผู้ประพันธ์นั้น...” แสดงให้เห็นว่ากฎหมายของประเทศเนเธอร์แลนด์ให้ความคุ้มครองแก่มาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีซึ่งถูกออกแบบมาเพื่อป้องกันหรือขัดขวางการกระทำใดๆ ซึ่งไม่ได้รับอนุญาตจากผู้ถือสิทธิ[55] แม้ว่าการกระทำนั้นโดยปกติไม่ใช่การกระทำอันละเมิดลิขสิทธิ์ก็ตาม

อนึ่ง มาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีที่ได้รับความคุ้มครองดังกรณีที่กล่าวมาข้างต้นสามารถแสดงเปรียบเทียบได้ดังตารางต่อไปนี้

---

[55]Michael Girsberger and Urs Gasser, “**Transposing the Copyright Directive:Legal Protection of Technological Measures in EU-Member States**,” in <u>Berkman working paper No.2004-10</u>, p.16.

ตารางที่ 3.3 ตารางเปรียบเทียบมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีกับการป้องกันการละเมิดลิขสิทธิ์

กฎหมาย	มาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีที่ได้รับความคุ้มครอง		
	ป้องกันงานอันมีลิขสิทธิ์	ป้องกันการละเมิดลิขสิทธิ์	ป้องกันงานที่ไม่มีลิขสิทธิ์
สนธิสัญญาฯ	✓	✓	✓
สหภาพยุโรป	✓	✓	✓
สหรัฐอเมริกา	✓	✓	✓
เยอรมัน	✓	-	-
เดนมาร์ค	✓	✓	✓
อังกฤษ	✓	-	-
เนเธอร์แลนด์	✓	✓	✓
ฮังการี	-	✓	-
ออสเตรเลีย	-	✓	-
ญี่ปุ่น	-	✓	-

3.1.3.4 <u>วิเคราะห์มาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีกับการละเมิดลิขสิทธิ์</u>

กฎหมายของประเทศต่างๆ ที่ให้ความคุ้มครองแก่มาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีนั้นสามารถจำแนกได้เป็น 3 กลุ่ม คือ (1) กลุ่มที่ให้ความคุ้มครองเฉพาะมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีที่ป้องกันงานอันมีลิขสิทธิ์ ได้แก่ อังกฤษ และเยอรมัน (2) กลุ่มที่ให้ความคุ้มครองเฉพาะมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีที่ป้องกันการกระทำอันเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ ได้แก่ ฮังการี ออสเตรเลีย ญี่ปุ่น และ (3) กลุ่มที่ไม่จำกัดว่าต้องเป็นมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีที่ใช้ป้องกันงานอันมีลิขสิทธิ์หรือป้องกันการกระทำอันเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์เท่านั้น ได้แก่ สนธิสัญญาลิขสิทธิ์ สหรัฐอเมริกา สหภาพยุโรป เดนมาร์ค เนเธอร์แลนด์ ทั้งนี้ ดังได้กล่าวมาแล้วในบทที่ 2 ว่าการที่แนวทางในการบัญญัติกฎหมายแตกต่างกันในแต่ละประเทศสืบเนื่องมาจากวัตถุประสงค์ในการให้ความคุ้มครองแก่มาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีมีความแตกต่างกันนั่นเอง

กฎหมายที่บัญญัติตามแนวทางที่สามซึ่งไม่จำกัดว่ามาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีที่จะได้รับความคุ้มครองนั้นจะต้องเป็นมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีที่ใช้ป้องกันงานอันมีลิขสิทธิ์หรือต้องเป็นมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีที่ใช้เพื่อป้องกันการกระทำอันเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์นั้นเป็นประเทศให้น้ำหนักความสำคัญกับการสนับสนุนให้เกิดการทำธุรกรรมอย่างกว้างขวาง และส่งเสริมให้เกิดการแสดงงานต่อสาธารณะ ทั้งนี้เพราะมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีเป็นเครื่องมือที่ช่วยลดความไม่แน่ใจอันเป็นอุปสรรคในการทำธุรกรรมบนอินเตอร์เน็ตซึ่งเป็นธุรกรรมที่คู่กรณีอยู่ห่างไกลกัน อย่างไรก็ตาม การให้ความคุ้มครองแก่มาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีเช่นนี้มีข้อเสีย เนื่องจากอาจเกิดกรณีที่มาตรการทางเทคโนโลยีอาจถูกนำไปใช้กับงานที่ไม่มีลิขสิทธิ์หรืองานที่อายุการคุ้มครองลิขสิทธิ์สิ้นสุดลงแล้ว เพื่อป้องกันไม่ให้ผู้อื่นเข้าถึงหรือทำซ้ำงานนั้นได้ หรืออาจเกิดในกรณีที่มีการใช้มาตรการทางเทคโนโลยีในขณะที่งานนั้นยังมีอายุการคุ้มครองอยู่ แต่ต่อมาแม้อายุการคุ้มครองจะสิ้นสุดลง แต่ก็ยังคงใช้มาตรการทางเทคโนโลยีนั้นอยู่ ซึ่งทั้งสองกรณีดังกล่าวนี้ทำให้สาธารณชนไม่สามารถเข้าถึงหรือใช้ประโยชน์จากงานเหล่านั้นได้

ในทางตรงกันข้าม กลุ่มประเทศที่ให้ความคุ้มครองแก่เฉพาะมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีที่นำมาใช้ป้องกันการกระทำอันเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์นั้น กลุ่มประเทศเหล่านี้แม้จะให้ความคุ้มครองแก่มาตรการทางเทคโนโลยี แต่มองมาตรการทางเทคโนโลยีเป็นเสมือนเครื่องมือชนิดหนึ่งที่ให้ความคุ้มครองแก่งานอันมีลิขสิทธิ์นอกเหนือไปจากบทบัญญัติของดังกฎหมายลิขสิทธิ์ ดังนั้น การให้ความคุ้มครองแก่มาตรการทางเทคโนโลยีจึงไม่ควรเกินขอบเขตไปจากที่ได้รับจากการคุ้มครองโดยกฎหมาย

3.2 <u>การกระทำอันเป็นการหลีกเลี่ยงมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยี</u>

เมื่อทราบความหมายของมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีตามที่กฎหมายของแต่ละประเทศได้ให้ความหมายไว้แล้วข้างต้น ประเด็นต่อมาที่จะต้องพิจารณาคือการกระทำต่อมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีนั้นๆ ในลักษณะใดบ้างที่เป็นการกระทำซึ่งต้องห้ามตามกฎหมาย ทั้งนี้ ดังได้อธิบายมาแล้วในบทที่ 2 ว่าการกระทำอันเป็นการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีแบ่งออกเป็น 2 กลุ่ม ได้แก่ (1) การหลีกเลี่ยงมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีโดยตรง (direct act of

circumvention หรือ Actual act of circumvention[56]) ซึ่งหมายถึงการกระทำที่ผู้กระทำเป็นผู้ที่ใช้เครื่องมือหรืออุปกรณ์ในการที่จะหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีนั้นเอง และ (2) การกระทำอันเป็นการเตรียมการ (preparatory activities) ให้เกิดการหลีกเลี่ยงมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยี ซึ่งหมายถึงผู้กระทำไม่ได้เป็นผู้ใช้เครื่องมือหรืออุปกรณ์ในการหลีกเลี่ยงเทคโนโลยีโดยตรง แต่เป็นผู้จำหน่าย มอบ หรือจัดหาเครื่องมือหรือบริการ (trafficking in circumvention device and service)[57] ที่ใช้ในการหลีกเลี่ยงให้แก่บุคคลอื่น

การกำหนดให้การกระทำเช่นใดเป็นความในการหลีกเลี่ยงมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีของต่างประเทศนั้น อาจแบ่งได้เป็นสามแนวทาง ได้แก่ (1) แนวทางแรกคือกำหนดให้เฉพาะการกระทำอันเป็นการหลีกเลี่ยงมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีโดยตรงเท่านั้นที่ต้องห้ามตามกฎหมาย (2) แนวทางที่สองคือกำหนดให้เฉพาะการกระทำอันเป็นการตระเตรียมการเพื่อหลีกเลี่ยงมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีเท่านั้นที่ต้องห้ามตามกฎหมาย และ (3) แนวทางที่สามกำหนดให้ทั้งการกระทำอันเป็นการหลีกเลี่ยงมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีโดยตรงและการตระเตรียมการเพื่อหลีกเลี่ยงมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีที่ต้องห้ามตามกฎหมาย ดังจะได้อธิบายต่อไปนี้

3.2.1 <u>กลุ่มที่กำหนดให้การกระทำอันเป็นการหลีกเลี่ยงมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีโดยตรงเท่านั้นที่ต้องห้ามตามกฎหมาย</u>

แนวทางแรกนี้กำหนดให้เฉพาะกำหนดให้เฉพาะการกระทำอันเป็นการหลีกเลี่ยงมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีโดยตรงเท่านั้นเป็นการกระทำที่ต้องห้ามตามกฎหมาย ส่วนการกระทำอันเป็นการตระเตรียมการเพื่อหลีกเลี่ยงมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยี เช่น การผลิต การจำหน่ายจ่ายโอนเครื่องมือหรืออุปกรณ์ที่ใช้เพื่อหลีกเลี่ยงมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีนั้นไม่ต้องห้ามตามกฎหมาย ปัจจุบันไม่มีประเทศบัญญัติกฎหมายตามแนวทางนี้

---

[56] June M. Besek, **"Anti-circumvention laws and copyright: A report from the Kernochan center for law, media and the arts,"** <u>Columbia Journal of law and the arts</u> 12.

[57] Urs Gasser, **"Legal Frameworks and Technological Protection of Digital Content: Moving Forward Towards a Best Practice Model,"** in <u>Berkman center research publication No.2006-04</u>, p.73.

3.2.2 **<u>กลุ่มที่กำหนดให้การกระทำอันเป็นการตระเตรียมการเท่านั้นที่ต้องห้ามตามกฎหมาย</u>**

แนวทางนี้กำหนดให้เฉพาะกำหนดให้เฉพาะการกระทำอันเป็นการตระเตรียมการเพื่อหลีกเลี่ยงมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีเท่านั้นที่ต้องห้ามตามกฎหมาย ส่วนการกระทำอันเป็นการหลีกเลี่ยงมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีโดยตรงไม่ต้องห้าม

(1) กฎหมายของประเทศออสเตรเลีย

กฎหมายลิขสิทธิ์ของออสเตรเลีย ค.ศ. 2000 นั้น ห้ามบุคคลใดผลิต ขาย ให้เช่า โฆษณา วางตลาด จำหน่าย จัดแสดงหรือนำเข้าอุปกรณ์เกี่ยวกับการหลีกเลี่ยง (circumvention device) เพื่อวัตถุประสงค์ในทางการค้า หรือทำให้อุปกรณ์ดังกล่าวหาได้ในระบบออนไลน์โดยวิธีที่จะมีผลให้ผู้ถือสิทธิเสียหาย หรือจัดหา โฆษณาหรือวางตลาดบริการเกี่ยวกับการหลีกเลี่ยง (circumvention service) โดยรู้หรือควรจะรู้ว่าอุกรณีหรือบริการดังกล่าวนั้นจะถูกใช้เพื่อให้สามารถหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีโดยสะดวก[58] นั่นคือ กฎหมายห้ามเฉพาะการดำเนินธุรกิจเกี่ยวกับอุปกรณ์หรือบริการในการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยี แต่ไม่มีบทบัญญัติใดที่ห้ามการกระทำอันเป็นการการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีโดยตรง

(2) กฎหมายของประเทศญี่ปุ่น

การกระทำอันเป็นการต้องห้ามตามกฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศญี่ปุ่นบัญญัติไว้ในข้อ 120 ทวิ ดังนี้ “บุคคลดังต่อไปนี้จะต้องได้รับโทษจำคุกไม่เกิน 1 ปี หรือปรับไม่เกิน 1,000,000 เยน

(i) บุคคลผู้ซึ่งโอนความเป็นเจ้าของไปยังสาธารณชนะ หรือให้ยืมแก่สาธารณะชน ผลิต นำเข้า เป็นเจ้าของเพื่อโอนความเป็นเจ้าของหรือเพื่อให้ยืมแก่สาธารณะชน

---

[58] June M. Besek, “Anti-circumvention laws and copyright: A report from the Kernochan center for law, media and the arts,” <u>Columbia Journal of law and the arts</u> 39-40.

หรือเสนอเพื่อการใช้โดยสาธารณะชน ซึ่งอุปกรณ์อันมีหน้าที่หลักในการหลีกเลี่ยงมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยี (เช่นอุปกรณ์หรือส่วนหนึ่งส่วนใดของอุปกรณ์ซึ่งสามารถประกอบเข้าด้วยกันได้โดยง่าย) หรือสำเนาของโปรแกรมซึ่งมีหน้าที่หลักในการหลีกเลี่ยงมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยี หรือส่งโปรแกรมโดยทางสาธารณะหรือทำให้โปรแกรมนั้นสามารถส่งทางสาธารณะชนได้

(ii) บุคคลผู้ซึ่งกระทำการในทางการค้า หลีกเลี่ยงมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีซึ่งตอบสนองต่อการร้องขอจากสาธารณะชน

(iii) บุคคลผู้ซึ่งเพื่อวัตถุประสงค์ในทางแสวงหากำไร ได้กระทำการอันเป็นการละเมิด สิทธิของผู้ประพันธ์ ลิขสิทธิ์ สิทธิของนักแสดง หรือสิทธิข้างเคียงภายใต้บทบัญญัติข้อ 113(3)

จากบทบัญญัติข้างต้นเห็นได้ว่ากฎหมายของญี่ปุ่นห้ามการจำหน่ายจ่ายโอนเครื่องมือในการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยี และการเสนอบริการในการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีต่อสาธารณะชน แต่ไม่ห้ามการกระทำอันเป็นการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีโดยตรง[59]

3.2.3 <u>กลุ่มที่กำหนดให้การกระทำอันเป็นการหลีกเลี่ยงมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีโดยตรงและการกระทำอันเป็นการตระเตรียมการต้องห้ามตามกฎหมาย</u>

กลุ่มนี้กำหนดให้ทั้งการกระทำอันเป็นการหลีกเลี่ยงมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีโดยตรงและการกระทำอันเป็นการตระเตรียมการเพื่อหลีกเลี่ยงมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีนั้นต้องห้ามตามกฎหมาย

---

[59] Urs Gasser, **"Legal Frameworks and Technological Protection of Digital Content: Moving Forward Towards a Best Practice Model,"** in Berkman center research publication No.2006-04, p.73.

(1) **<u>กฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา</u>**

กฎหมายของสหรัฐอเมริกาแตกต่างจากกฎหมายของประเทศส่วนใหญ่ กล่าวคือ กฎหมาหยของสหรัฐอเมริกากำหนดความหมายของคำว่า “การหลีกเลี่ยง (circumvention)” มาตรการทางเทคโนโลยีไว้อย่างละเอียดมากกว่าประเทศอื่น โดยมีการบัญญัตินิยามของการหลีกเลี่ยงมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีไว้ในข้อ 1201(a)(3)(A) ซึ่งเกี่ยวข้องกับการควบคุมการเข้าถึง และในข้อ 1201(b)(2)(A) ซึ่งเกี่ยวข้องกับการควบคุมสิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์ อย่างไรก็ตาม เนื่องจากเทคโนโลยีมีความเปลี่ยนแปลงอย่างรวดเร็วตลอดเวลา คำจำกัดความนี้จึงเป็นไปตามแนวทางเกี่ยวกับการทำหน้าที่ (functional approach) ไม่ได้เจาะจงที่ตัวเทคโนโลยีโดยเฉพาะ[60] ดังนี้

ข้อ 1201(a)(3)(A) บัญญัติว่า “การหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยี หมายถึง การถอดสัญญาณงานที่มีการติดตั้งสัญญาณก่อกวนไว้ การถอดรหัสงานที่มีการเข้ารหัสไว้ หรือการกระทำอื่นเพื่อที่จะหลีกเลี่ยง ลัด ย้าย ทำให้เสื่อมสภาพ หรือทำให้เสียหายซึ่งมาตรการทางเทคโนโลยีโดยปราศจากความยินยอมจากเจ้าของลิขสิทธิ์”[61]

ข้อ 1201(b)(2)(A) บัญญัติว่า “การหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยี หมายถึง การหลีกเลี่ยง ลัด ย้าย ทำให้เสื่อมสภาพ หรือการกระทำให้เสียหายโดยวิธีการอื่นต่อมาตรการทางเทคโนโลยี”[62]

ส่วนประเด็นเรื่องการกระทำอันเป็นการหลีกเลี่ยงมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีซึ่งต้องห้ามตามกฎหมายของสหรัฐอเมริกานั้นพบว่ากฎหมายของสหรัฐห้ามทั้งการกระทำอันเป็นการหลีกเลี่ยงมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีโดยตรง และการกระทำอันเป็นการตระเตรียมการเพื่อหลีกเลี่ยงมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยี โดยบัญญัติไว้ในข้อ 1201(a)(1)(A) และข้อ 1201(a)(2) ดังนี้

---

[60] Ibid., pp.72-73.

[61] Title 17 Chapter 12 S 1201(a)(3)(A) of The Digital Millennium Copyright Act 1998

[62] Title 17 Chapter 12 S 1201(b)(2)(A) of The Digital Millennium Copyright Act 1998

ข้อ 1201(a)(1)(A) บัญญัติห้ามการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีที่มีประสิทธิภาพซึ่งควบคุมการเข้าถึงงานที่ได้รับความคุ้มครองตามข้อบทนี้[63]

ข้อ 1201(a)(2)[64] บัญญัติห้ามการผลิต (manufacture) นำเข้า (import) เสนอต่อสาธารณชน (offer) จัดหา (provide) หรือจำหน่ายจ่ายโอน (traffic) โดยวิธีอื่น ซึ่งเทคโนโลยี ผลิตภัณฑ์ บริการ อุปกรณ์ ส่วนประกอบ หรือชิ้นส่วนใดๆ ซึ่ง

(A) ตั้งแต่แรกเริ่มได้ถูกออกแบบหรือผลิตเพื่อวัตถุประสงค์ในการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีที่มีประสิทธิภาพในการควบคุมการเข้าถึงงานที่ได้รับความคุ้มครองตามข้อบทนี้บทบัญญัติข้อ

(B) มีวัตถุประสงค์สำคัญหรือการใช้งานในทางการค้าอย่างจำกัดนอกจากการใช้เพื่อหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีที่มีประสิทธิภาพในการควบคุมการเข้าถึงงานที่ได้รับความคุ้มครองตามข้อบทนี้ หรือ

(C) ถูกทำการตลาดโดยบุคคลนั้น หรือบุคคลอื่นซึ่งกระทำการในทำนองเดียวกันกับบุคคลนั้นด้วยความรู้ของบุคคลนั้นเพื่อใช้ในการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีที่มีประสิทธิภาพในการควบคุมการเข้าถึงงานที่ได้รับความคุ้มครองตามข้อบทนี้

ข้อ 1201 (b)(1)[65] บัญญัติห้ามการผลิต (manufacture) นำเข้า (import) เสนอต่อสาธารณชน (offer) จัดหา (provide) หรือจำหน่ายจ่ายโอน (traffic) โดยวิธีอื่น ซึ่งเทคโนโลยี ผลิตภัณฑ์ บริการ อุปกรณ์ ส่วนประกอบ หรือชิ้นส่วนใดๆ ซึ่ง

(A) ตั้งแต่แรกเริ่มได้ถูกออกแบบหรือผลิตเพื่อวัตถุประสงค์ในการหลีกเลี่ยงการป้องกันจากมาตรการทางเทคโนโลยีที่มีประสิทธิภาพที่ป้องกันสิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์ภายใต้ข้อบทนี้ในงานนั้นหรือส่วนหนึ่งส่วนใดของงานนั้น

---

[63] Title 17 Chapter 12 S 1201(a)(1)(A) of The Digital Millennium Copyright Act 1998

[64] Title 17 Chapter 12 S 1201(a)(2) of The Digital Millennium Copyright Act 1998

[65] Title 17 Chapter 12 S 1201(b)(1)(A) of The Digital Millennium Copyright Act 1998

(B) มีวัตถุประสงค์สำคัญหรือการใช้งานในทางการค้าอย่างจำกัดนอกจากการใช้เพื่อหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีที่มีประสิทธิภาพในการควบคุมการเข้าถึงงานที่ได้รับความคุ้มครองตามข้อบทนี้ หรือ

(C) ถูกทำการตลาดโดยบุคคลนั้น หรือบุคคลอื่นซึ่งกระทำการในทำนองเดียวกันกับบุคคลนั้นด้วยความรู้ของบุคคลนั้นเพื่อใช้ในการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีที่มีประสิทธิภาพซึ่งป้องกันสิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์ตามข้อบทนี้

จากบทบัญญัติข้างต้นเห็นได้ว่ากฎหมายของสหรัฐอเมริกาบัญญัติห้ามการกระทำอันเป็นการหลีกเลี่ยงมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีทั้ง 2 ประการ ได้แก่ การกระทำอันเป็นการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีโดยตรง (direct circumvention) ดังที่บัญญัติไว้ในข้อ 1201(a)(1)(A) และการเตรียมการให้เกิดการหลีกเลี่ยงมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยี (preparatory activities) ตามที่บัญญัติไว้ในข้อ 1201(a)(2) และข้อ 1201(b)(1) อย่างไรก็ตาม ดังได้กล่าวมาแล้วข้างต้นว่าการให้ความคุ้มครองมีความแตกต่างกัน กล่าวคือ การกระทำอันเป็นการหลีกเลี่ยงมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีโดยตรงนั้นห้ามเฉพาะกระกระทำที่กระทำต่อมาตรการควบคุมการเข้าถึงเท่านั้น แต่ไม่ห้ามการกระทำการหลีกมาตรการทางเทคโนโลยีที่กระทำต่อมาตรการควบคุมการทำซ้ำ ในขณะที่การเตรียมการให้เกิดการหลีกเลี่ยงมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีนั้นห้ามกระทำต่อทั้งมาตรการควบคุมการเข้าถึงและมาตรการควบคุมการทำซ้ำ[66]

(2) กฎหมายของสหภาพยุโรป

แนวทางกฎหมายลิขสิทธิ์ของสหภาพยุโรป นั้นพิจารณาจากที่บัญญัติไว้ในข้อ 6(1) และ 6(2) ของ The EUCD ซึ่งกำหนดให้สมาชิกต้องให้ความคุ้มครองต่อมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีที่มีประสิทธิภาพ รวมทั้งการค้าอุปกรณ์และให้บริการในการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยี ดังนั้น แนวทางกฎหมายสหภาพยุโรปห้ามทั้งการหลีกเลี่ยงมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีโดยตรง และการกระทำอันเป็นการเตรียมการให้เกิดการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยี โดยห้ามกระทำต่อทั้งมาตรการป้องกันเข้าถึงและมาตรการป้องกันการทำซ้ำ

---

[66] Urs Gasser, **"Legal Frameworks and Technological Protection of Digital Content: Moving Forward Towards a Best Practice Model,"** in Berkman center research publication No.2006-04, p.73.

(3) กฎหมายของอังกฤษ

การหลีกเลี่ยงมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีซึ่งเป็นความผิดตามกฎหมายของอังกฤษนั้นบัญญัติไว้ใน ข้อ 296ZB ของพระราชบัญญัติว่าด้วยลิขสิทธิ์ การออกแบบ และสิทธิบัตร ค.ศ. 1988 (The Copyright, Designs, and Patents Act of 1988 หรือ CDPA) แก้ไขเพิ่มเติมโดยข้อบังคับว่าด้วยลิขสิทธิ์และสิทธิอื่นที่เกี่ยวข้อง ค.ศ. 2003 (The Copyright and Related Rights Regulation 2003) ดังนี้

ข้อ 296ZA ห้ามบุคคลกระทำการใดๆอันเป็นการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีโดยรู้หรือมีหลักฐานอย่างสมเหตุสมผลว่ารู้ว่าตนกำลังดำเนินการโดยมีวัตถุประสงค์เช่นนั้น

ข้อ 296ZB(1)[67] วางหลักว่า บุคคลใดๆ ซึ่งกระทำการดังต่อไปนี้ ได้กระทำความผิด ถ้าได้กระทำต่ออุปกรณ์ ผลิตภัณฑ์หรือส่วนประกอบใดๆ ซึ่งถูกออกแบบ ผลิต หรือปรับปรุงขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยี

(a) ผลิตเพื่อขายหรือให้เช่า หรือนำเข้าหรือกระทำด้วยวิธีการอื่นเพื่อการใช้ส่วนตัวหรือเพื่อใช้ภายในประเทศ

(b) โดยมีวัตถุประสงค์ทางธุรกิจ ได้

(i) ขาย หรือให้เช่า หรือ

(ii) เสนอ หรือนำออกแสดงเพื่อขายหรือให้เช่า

(iii) โฆษณาเพื่อขาย หรือให้เช่า

(iv) เป็นเจ้าของ

(v) จำหน่ายจ่ายโอน

---

[67] Section 296ZB(1) of The Copyright, Designs, and Patents Act of 1988. Available from http//www.opsi.gov.uk (2008, June 8)

(d) จำหน่ายจ่ายโอนโดยวิธีอื่นใดโดยมีวัตถุประสงค์ในทางธุรกิจซึ่งมีผลเป็นการทำให้เสียหายแก่เจ้าของลิขสิทธิ์

ข้อ 296ZB(2)[68] วางหลักว่า บุคคลใดๆ จะกระทำความผิดถ้าบุคคลนั้นจัดหา ส่งเสริม โฆษณา หรือทำการตลาด ซึ่งบริการอันมีวัตถุประสงค์เพื่อหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยี โดย

(a) มีวัตถุประสงค์ทางธุรกิจ

(b) มีวัตถุประสงค์อื่นใดในทางธุรกิจซึ่งมีผลเป็นการทำให้เสียหายแกเจ้าของลิขสิทธิ์

เมื่อพิจารณาบทบัญญัติข้างต้นเห็นได้ว่ากฎหมายของประเทศอังกฤษห้ามการกระทำทั้งการหลีกเลี่ยงมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีโดยตรง ดังที่บัญญัติไว้ในข้อ 296ZA และห้ามการตระเตรียมการให้เกิดการหลีกเลี่ยงมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีดังที่บัญญัติไว้ในข้อ 296ZB(1) และ 296ZB(2) โดยในข้อ 296ZB(1) เป็นการห้ามจำหน่าย จ่ายโอนเครื่องมือหรืออุปกรณ์ใดๆ ซึ่งถูกออกแบบ ผลิต หรือปรับปรุงขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยี ส่วนในข้อ 296ZB(2) เป็นการห้ามการให้บริการซึ่งมีวัตถุประสงค์ในการหลีกเลี่ยงมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยี ทั้งนี้ กฎหมายของอังกฤษไม่ได้ให้ความแตกต่างระหว่างมาตรการควบคุมการเข้าถึงและมาตรการควบคุมการทำซ้ำ เช่นเดียวกับ EUCD[69]

(4) กฎหมายของประเทศเดนมาร์ค

กฎหมายของประเทศเดนมาร์ค (The Danish copyright Act หรือ Consolidated Act No.164 of March 12, 2003) บัญญัติห้ามการกระทำอันเป็นการหลีกเลี่ยงมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีไว้ในข้อ 75c(1) และ 75c(2) ดังต่อไปนี้

---

[68] Section 296ZB(2) of The Copyright, Designs, and Patents Act of 1988 Available from http//www.opsi.gov.uk (2008, June 18)

[69] Urs Gasser, **"Legal Frameworks and Technological Protection of Digital Content: Moving Forward Towards a Best Practice Model,"** in Berkman center research publication No.2006-04, p.73.

ข้อ 75c(1) บัญญัติว่า "ห้ามการกระทำอันเป็นการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีที่มีประสิทธิภาพ (effective technological measures) โดยปราศจากความยินยอมของผู้ทรงสิทธิ"[70]

ข้อ 75c(2) บัญญัติว่า "ห้ามการผลิต นำเข้า จำหน่ายจ่ายโอน ขาย ให้เช่า โฆษณาเพื่อการขายหรือให้เช่า หรือเป็นเจ้าของโดยมีเจตนารมณ์ทางการค้า ซึ่งอุปกรณ์ ผลิตภัณฑ์ หรือส่วนประกอบซึ่ง

(i) ถูกส่งเสริม โฆษณา หรือทำการตลาดโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีที่มีประสิทธิภาพ

(ii) มีวัตถุประสงค์แต่ประการเดียวเพื่อการค้า หรือใช้โดยประการอื่นเพื่อหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีที่มีประสิทธิภาพ

(iii) ตั้งแต่ต้นได้ถูกออกแบบ ผลิต ปรับปรุง หรือทำขึ้นโดยมีเจตนารมณ์เพื่อทำให้สะดวกขึ้นในการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีที่มีประสิทธิภาพ

จากบทบัญญัติข้างต้นเห็นได้ว่ากฎหมายของประเทศเดนมาร์คบัญญัติห้ามการกระทำอันเป็นการหลีกเลี่ยงมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีโดยตรง ดังที่บัญญัติในข้อ 75c(1) และห้ามการกระทำอันเป็นการตระเตรียมการเพื่อหลีกเลี่ยงมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยี ดังที่บัญญัติในข้อ 75c(2) โดยกรณีการกระทำอันเป็นการหลีกเลี่ยงมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีโดยตรงนั้นห้ามเฉพาะการหลีกเลี่ยงมาตรการควบคุมการทำซ้ำเท่านั้น แต่ไม่ห้ามการหลีกเลี่ยงมาตรการควบคุมการเข้าถึง ขณะที่การตระเตรียมการให้เกิดการหลีกเลี่ยงมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีนั้นห้ามกระทำต่อทั้งมาตรการควบคุมการเข้าถึงและมาตรการควบคุมการทำซ้ำ

---

[70] Michael Girsberger and Urs Gasser, "**Transposing the Copyright Directive:Legal Protection of Technological Measures in EU-Member States**," in Berkman working paper No.2004-10, p.13.

(5) กฎหมายของประเทศกรีซ

กฎหมายลิขสิทธิ์ของกรีซ (The Greek Copyright ACT) ข้อ 66(A)(2) บัญญัติห้ามการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีที่มีประสิทธิภาพ และข้อ 66(A)(3) ห้ามการผลิต นำเข้า จำหน่ายจ่ายโอน ขาย ให้เช่า โฆษณาเพื่อขายหรือให้เช่า หรือเป็นเจ้าของเพื่อวัตถุประสงค์ทางการค้า ซึ่งอุปกรณ์หรือบริการในการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยี[71]

จากบทบัญญัติข้างต้นอธิบายได้ว่ากฎหมายของประเทศกรีซนั้นห้ามการกระทำอันเป็นการหลีกเลี่ยงมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีโดยตรง (direct act of circumvention) ดังที่บัญญัติในข้อ 66(A)(2) 1และห้ามการจำหน่ายจ่ายโอนเครื่องมือในการหลีกเลี่ยงมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีด้วยดังที่บัญญัติไว้ในข้อ 66(A)(3)

(6) ข้อตกลงเขตการค้าเสรีระหว่างประเทศออสเตรเลียกับสหรัฐอเมริกา

เดิมตามกฎหมายลิขสิทธิ์ของออสเตรเลียนั้น ห้ามบุคคลใดผลิต ขาย ให้เช่า โฆษณา วางตลาด จำหน่าย จัดแสดงหรือนำเข้าอุปกรณ์เกี่ยวกับการหลีกเลี่ยง (circumvention device) เพื่อวัตถุประสงค์ในทางการค้า หรือทำให้อุปกรณ์ดังกล่าวหาได้ในระบบออนไลน์โดยวิธีที่จะมีผลให้ผู้ถือสิทธิเสียหาย หรือจัดหา โฆษณาหรือวางตลาดบริการเกี่ยวกับการหลีกเลี่ยง (circumvention service) โดยรู้หรือควรจะรู้ว่าอุกรณีหรือบริการดังกล่าวนั้นจะถูกใช้เพื่อให้สามารถหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีโดยสะดวก[72] นั่นคือ กฎหมายห้ามเฉพาะการกระทำอันเป็นการตระเตรียมการเพื่อหลีกเลี่ยงมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยี

อย่างไรก็ตาม ภายหลังเมื่อออสเตรเลียลงนามในข้อตกลงเขตการค้าเสรีระหว่างออสเตรเลียกับสหรัฐอเมริกาได้เปลี่ยนแปลงขอบเขตของการกระทำอันเป็นการต้องห้ามตามกฎหมายของออสเตรเลีย

---

[71] Urs Gasser, **"Legal Frameworks and Technological Protection of Digital Content: Moving Forward Towards a Best Practice Model,"** in Berkman center research publication No.2006-04, p.90.

[72] June M. Besek, **"Anti-circumvention laws and copyright: A report from the Kernochan center for law, media and the arts,"** Columbia Journal of law and the arts 39-40.

ข้อ 17.4 .7(a) ของ AUSFTAดังกล่าว บัญญัติว่า[73]"เพื่อกำหนดให้มีความคุ้มครองทางกฎหมายที่เหมาะสมและการเยียวยาต่อการกระทำอันเป็นการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีที่มีประสิทธิภาพซึ่งผู้ประพันธ์ นักแสดง และผู้ผลิตสิ่งบันทึกเสียงใช้เกี่ยวข้องกับการบริหารสิทธิของตน คู่สัญญาแต่ละฝ่ายจะต้องกำหนดเงื่อนไขว่า บุคคลผู้ซึ่ง

(i) รู้หรือมีหลักฐานที่สมเหตุสมผลว่ารู้และโดยปราศจากอำนาจได้หลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีที่มีประสิทธิภาพใดๆ ซึ่งควบคุมการเข้าถึงงาน การแสดง หรือสิ่งบันทึกเสียง หรือวัสดุอื่นใดที่ได้รับการคุ้มครอง

(ii) ผลิต นำเข้า จัดจำหน่าย เสนอต่อสาธารณะ จัดหา หรือดำเนินธุรกรรมซึ่งอุปกรณ์ ผลิตภัณฑ์หรือส่วนประกอบ หรือผู้เสนอต่อสาธารณะ หรือจัดหาซึ่งบริการที่ (A) เป็นการส่งเสริม โฆษณา หรือวางตลาด เพื่อเจตนารมณ์ในการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีที่มีประสิทธิภาพใดๆ (B) มีวัตถุประสงค์หรือประโยชน์สำคัญทางการค้าเพียงเพื่อที่จะหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีที่มีประสิทธิภาพ หรือ (C) ในขั้นต้นได้รับการออกแบบ ผลิต แสดง โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อก่อให้เกิดหรือให้ความสะดวกแก่การหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีที่มีประสิทธิภาพใดๆ จะต้องรับผิดและปฏิบัติตามเงื่อนไขการเยียวยาที่ระบุไว้ในข้อ 17.11.13"

ตามบทบัญญัติของ AUSFTA นั้นการกระทำที่เป็นการต้องห้ามได้แก่ทั้งการกระทำอันเป็นการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยี และการดำเนินธุรกรรมเกี่ยวกับอุปกรณ์และบริการเกี่ยวกับมาตรการทางเทคโนโลยี[74] ดังนั้นปัจจุบัน การกระทำอันเป็นการต้องห้ามตามกฎหมายของประเทศออสเตรเลียจึงครอบคลุมทั้งการกระทำอันเป็นการหลีกเลี่ยงมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีโดยตรงและการกระทำอันเป็นการตระเตรียมการเพื่อหลีกเลี่ยงมาตรการนั้น

3.2.4 <u>วิเคราะห์การกระทำอันเป็นการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยี</u>

การกำหนดให้การกระทำเช่นใดเป็นความในการหลีกเลี่ยงมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีของต่างประเทศนั้น อาจแบ่งได้เป็นสามแนวทาง ได้แก่ (1) แนวทางแรกคือกำหนดให้

---

[73] Urs Gasser, **"Legal Frameworks and Technological Protection of Digital Content: Moving Forward Towards a Best Practice Model,"** in <u>Berkman center research publication No.2006-04</u>, pp.52-53.

[74] Ibid., p.55.

เฉพาะการกระทำอันเป็นการหลีกเลี่ยงมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีโดยตรงเท่านั้นที่ต้องห้ามตามกฎหมาย (2) แนวทางที่สองคือกำหนดให้เฉพาะการกระทำอันเป็นการตระเตรียมการเพื่อหลีกเลี่ยงมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีเท่านั้นที่ต้องห้ามตามกฎหมาย และ (3) แนวทางที่สามกำหนดให้ทั้งการกระทำอันเป็นการหลีกเลี่ยงมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีโดยตรงและการตระเตรียมการเพื่อหลีกเลี่ยงมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีที่ต้องห้ามตามกฎหมาย

แนวทางแรกซึ่งกำหนดให้เฉพาะการกระทำอันเป็นการหลีกเลี่ยงมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีโดยตรงเป็นการกระทำต้องห้าม การบัญญัติกฎหมายในลักษณะดังกล่าวนี้เป็นการยากแก่การบังคับใช้กฎหมาย เนื่องจากสามารถบังคับใช้กับผู้ใช้เครื่องมือหรืออุปกรณ์ในการหลีกเลี่ยงมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีเท่านั้น ไม่สามารถบังคับกับผู้ผลิตหรือจำหน่ายเครื่องมือและอุปกรณ์เหล่านั้นได้[75] จึงอาจทำให้การบังคับใช้กฎหมายไม่เกิดประโยชน์ในทางปฏิบัติ ดังนั้นปัจจุบันจึงไม่มีประเทศใดใช้แนวทางนี้เลย

แนวทางที่สองกำหนดให้เฉพาะกำหนดให้เฉพาะการกระทำอันเป็นการตระเตรียมการเพื่อหลีกเลี่ยงมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยี ซึ่งได้แก่ การผลิต จำหน่ายจ่ายโอน จัดหาอุปกรณ์หรือเครื่องมือในการหลีกเลี่ยงมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีเท่านั้นที่เป็นความผิด ส่วนการกระทำอันเป็นการหลีกเลี่ยงมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีโดยตรงไม่ต้องห้าม การบัญญัติกฎหมายในลักษณะเช่นนี้น่าจะเป็นประโยชน์สำหรับประเทศกำลังพัฒนามากกว่า ทั้งนี้เนื่องจากบรรดาประเทศเหล่านี้การคิดค้นพัฒนางานอันมีลิขสิทธิ์ยังมีในปริมาณน้อย นอกจากนี้แนวคิดในเรื่องการละเมิดลิขสิทธิ์ยังไม่เป็นที่แพร่หลาย วัฒนธรรมของกลุ่มประเทศเหล่านี้ไม่ให้ความสำคัญกับการคุ้มครองงานอันมีลิขสิทธิ์ ดังนั้น จึงอาจเกิดกรณีที่กระทำความผิดโดยไม่เจตนาได้ กฎหมายจึงมุ่งเอาผิดแก่ผู้ผลิต จำหน่ายจ่ายโอนเครื่องมือมากกว่า

ส่วนแนวทางที่สามนั้น เป็นการควบคุมการหลีกเลี่ยงมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีที่มีประสิทธิภาพมากที่สุด เพราะควบคุมทั้งการผลิต จำหน่าย ตลอดจนการใช้เครื่องมือหรืออุปกรณ์ในการหลีกเลี่ยงมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยี[76] และยังควบคุมการใช้เทคโนโลยีนั้นในการกระทำความผิดอีกด้วย ประเทศที่ใช้แนวทางนี้เห็นได้ว่าจะเป็นประเทศที่มีการประดิษฐ์

---

[75] จักรกฤษณ์ ควรพจน์ และนันทน อินทนนท์, ลิขสิทธิ์ยุคเทคโนโลยีดิจิตอล มาตรการทางเทคโนโลยีและทางเลือกสำหรับประเทศไทย, หน้า 66.

[76] เรื่องเดียวกัน.

คิดค้นงานอันมีลิขสิทธิ์ในประมาณสูง และให้ความสำคัญกับการคุ้มครองลิขสิทธิ์มาก จึงให้ความสำคัญแก่การคุ้มครองมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยี ประเทศดังกล่าวนี้ได้แก่ สหรัฐอเมริกา

3.3 บทบัญญัติยกเว้นความผิดจากการกระทำอันเป็นการหลีกเลี่ยงมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยี

ที่กล่าวมาในหัวข้อข้างต้นเป็นการกระทำอันเป็นการหลีกเลี่ยงมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยี หากบุคคลใดกระทำการดังกล่าวย่อมเป็นความผิดตามกฎหมายและอาจได้รับโทษแม้อย่างไรก็ตาม กฎหมายของในแต่ละประเทศได้บัญญัติข้อยกเว้นการกระทำความผิดไว้ กล่าวคือ แม้การกระทำดังกล่าวจะเข้าองค์ประกอบของการกระทำความผิด แต่กฎหมายบัญญัติข้อยกเว้นไว้ว่าถือว่าการกระทำดังกล่าวไม่เป็นความผิด หรือไม่ต้องรับโทษ ทั้งนี้เพื่อเป็นการคุ้มครองสิทธิ์บางประการของผู้บริโภคที่สมควรจะได้รับ หรือในบางกรณีเป็นข้อยกเว้นเพื่อความมั่นคงของประเทศ โดยข้อยกเว้นดังกล่าวมีดังนี้

3.3.1 ข้อยกเว้นตามสนธิสัญญาลิขสิทธิ์

บทบัญญัติ ข้อ 10 ของสนธิสัญญาลิขสิทธิ์(WIPO Copyright Treaty หรือ WCT) ไม่ได้บัญญัติข้อยกเว้นของการกระทำไว้อย่างชัดเจน เพียงแต่กำหนดให้ประเทศสมาชิกต้องกำหนดขอบเขตของข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ตามอนุสัญญากรุงเบอร์นโดยข้อยกเว้นนั้นต้องไม่ขัดต่อการแสวงหากำไรตามปกติหรือขัดต่อประโยชน์ตามกฎหมายของผู้สร้างสรรค์เกินสมควรด้วย การบัญญัติเช่นนี้เป็นการเปิดโอกาสให้ประเทศสมาชิกของสนธิสัญญาสามารถที่จะบัญญัติข้อยกเว้นเพื่อให้เหมาะกับประเทศของตน เพื่อเป็นการคุ้มครองสิทธิของประชาชนในประเทศด้วย

3.3.2 ข้อยกเว้นตามกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา

กฎหมายของสหรัฐอเมริกากำหนดข้อยกเว้นในกรณีต่างๆ ซึ่งทำให้ผู้กระทำไม่ต้องรับผิดในการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยี ข้อยกเว้นดังกล่าวบัญญัติไว้ใน ข้อ 1201(d)- (j)[77] ข้อยกเว้นดังกล่าวอาจจำแนกได้เป็นกลุ่มดังนี้

3.3.2.1 ข้อยกเว้นเพื่อการศึกษาค้นคว้าวิจัย

ข้อยกเว้นเพื่อการศึกษาค้นคว้าวิจัยได้แก่กรณีที่บัญญัติไว้ในข้อ1201 (d), (f) และ (g) ดังนี้

(1) ข้อ 1201 (d) ข้อยกเว้นกรณีห้องสมุด หอสมุด หรือสถาบันการศึกษาที่ไม่แสวงหากำไรในการเข้าถึงงานลิขสิทธิ์ที่เผยแพร่ในทางพาณิชโดยเจตนาสุจริต เพื่อทำสำเนางาน โดยสำเนางานดังกล่าวต้องมีจำนวนเท่าที่จำเป็นและไม่ได้ถูกนำไปใช้เพื่อวัตถุประสงค์อื่น

(2) ข้อ 1201 (f) ข้อยกเว้นกรณีการทำวิศวกรรมย้อนกลับ (Reverse engineering) กล่าวคือ อนุญาตให้การหลีกเลี่ยง หรือการพัฒนาเครื่องมือทางเทคโนโลยีเพื่อหลีกเลี่ยงมาตรการใดๆ โดยบุคคลผู้ซึ่งมีสิทธิตามกฎหมายอย่างเต็มที่ที่จะใช้สำเนางานโปรแกรมคอมพิวเตอร์เพื่อวัตถุประสงค์เพียงเพื่อบ่งชี้เฉพาะ และวิเคราะห์องค์ประกอบของโปรแกรมนั้นเท่าที่จำเป็นต่อการทำให้โปรแกรมที่สร้างสรรค์ขึ้นสามารถใช้งานร่วมกับโปรแกรมคอมพิวเตอร์อื่นๆ ได้ ทั้งนี้ ข้อมูลที่ได้จากการทำวิศวกรรมย้อนกลับสามารถที่จะเผยแพร่ต่อบุคคลอื่นได้ เพื่อวัตถุประสงค์ในการทำให้โปรแกรมนั้นสามารถใช้งานร่วมกับโปรแกรมอื่นๆได้ โดยจะต้องไม่เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ตามกฎหมายนี้ หรือเป็นความผิดตามกฎหมายอื่น

(3) ข้อ 1201 (g) ข้อยกเว้นกรณีการศึกษาวิจัยเกี่ยวกับการเข้ารหัส (encryption) กล่าวคือ กำหนดให้การศึกษาวิจัยเกี่ยวกับการเข้ารหัสเพื่อวัตถุประสงค์ในการชี้ และ

---

[77] Urs Gasser, **"Legal Frameworks and Technological Protection of Digital Content: Moving Forward Towards a Best Practice Model,"** in Berkman center research publication No.2006-04, pp.82-83.

วิเคราะห์จุดบกพร่อง และจุดที่อาจถูกโจมตีได้ทางเทคโนโลยีการเข้ารหัส ทั้งนี้จะต้องเข้าองค์ประกอบดังต่อไปนี้

- บุคคลนั้นจะต้องทำการวิจัยที่ได้รับสำเนามาโดยถูกต้องตามกฎหมาย
- การกระทำนั้นมีความจำเป็นในการทำวิจัย
- บุคคลนั้นมีเจตนาสุจริตในการพยายามที่จะได้รับอนุญาตแล้ว และ
- การกระทำนั้นไม่ได้ก่อให้เกิดการละเมิดต่อกฎหมายอื่น

3.3.2.2 **ข้อยกเว้นกรณีเป็นการกระทำของรัฐ**

ข้อยกเว้นเพื่อประโยชน์ในการดำเนินกระบวนการยุติธรรมนั้นบัญญัติไว้ในข้อ 1201 (e) โดยได้รับยกเว้นกรณีเป็นการกระทำเพื่อการบังคับใช้กฎหมาย การสืบสวน หรือการกระทำของหน่วยงานรัฐบาล

3.3.2.3 **ข้อยกเว้นเพื่อป้องกันสิทธิของผู้เยาว์**

ข้อยกเว้นเพื่อป้องกันสิทธิของผู้เยาว์บัญญัติไว้ในข้อ 1201 (h) โดยกำหนดให้ศาลสามารถพิจารณาถึงเหตุผลและความจำเป็นที่ต้องมีเทคโนโลยี เครื่องมือ บริการหรืออุปกรณ์ซึ่งไม่เป็นความผิดโดยตัวของมันเอง และมีวัตถุประสงค์เพื่อป้องกันผู้เยาว์เข้าถึงข้อมูลทางอินเตอร์เน็ต

3.3.2.4 **ข้อยกเว้นเพื่อคุ้มครองข้อมูลระบุตัวบุคคล**

ข้อยกเว้นเพื่อคุมครองข้อมูลระบุตัวบุคคลบุคคล (protection of personally identifying information) บัญญัติไว้ในข้อ 1201 (i) กล่าวคือ อนุญาตให้การหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีสามารถกระทำได้หากมาตรการทางเทคโนโลยีหรืองานที่ถูกปกป้องโดย

มาตรการทางเทคโนโลยีนั้น มีความสามารถในการรวบรวมข้อมูล หรือกระจายข้อมูล ระบุตัวบุคคลที่ตอบกลับในกิจกรรมทางออนไลน์ของบุคคลธรรมดาซึ่งต้องการที่จะเข้าถึงงานดังกล่าว โดยปราศจากข้อความแจ้งเตือนใดๆ แก่บุคคลนั้นว่าสามารถป้องกัน หรือจำกัดการรวบรวม หรือกระจายข้อมูลดังกล่าวนั้นได้ ทั้งนี้ การหลีกเลี่ยงดังกล่าวจะต้องเพื่อปกป้องข้อมูลส่วนบุคคล และจะต้องไม่กระทบกระเทือนถึงการเข้าถึงงานของบุคคลอื่น รวมทั้งไม่เป็นการละเมิดกฎหมายอื่น

3.3.2.5 **ข้อยกเว้นเพื่อการทดสอบความปลอดภัย**

ข้อยกเว้นเพื่อการทดสอบความปลอดภัยบัญญัติไว้ในข้อ 2101 (j) กล่าวคือ อนุญาตให้มีการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีที่ใช้ป้องกันการเข้าถึงงาน โดยวัตถุประสงค์ในการทดสอบความปลอดภัยของเครื่องคอมพิวเตอร์ หรือระบบคอมพิวเตอร์และเครือขาย โดยได้รับอนุญาตจากเจ้าของหรือผู้ควบคุม

เมื่อพิจารณาข้อยกเว้นที่บัญญัติในข้อ 1201(d)- (j) เห็นได้ว่าไม่มีข้อใดที่เป็นข้อยกเว้นกรณีการทำซ้ำเพื่อวัตถุประสงค์ส่วนตัว (private copying exception) ดังนั้น หากบุคคลใดกระทำการอันเป็นการหลีกเลี่ยงมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อใช้ประโยชน์ส่วนตัว เช่น การทำสำเนาดีวีดีที่ซื้อมาจากร้านเพื่อสำรองไว้กรณีต้นฉบับชำรุด การกระทำดังกล่าวไม่ได้รับยกเว้นตามกฎหมายของสหรัฐอเมริกา ซึ่งประเด็นนี้แตกต่างจากแนวทางกฎหมายของสหภาพยุโรป (EUCD) ดังจะได้อธิบายในหัวข้อต่อไป

3.3.3 **ข้อยกเว้นตามกฎหมายของสหภาพยุโรป**

ข้อยกเว้นอันทำให้การกระทำนั้นไม่เป็นความผิดตามแนวทางกฎหมายของสหภาพยุโรป (EUCD) บัญญัติไว้ในข้อ 5 โดยข้อยกเว้นดังกล่าวสามารถจำแนกได้สองประเภทได้แก่ (1) ข้อยกเว้นเพื่อนโยบายสาธารณะ (Public Policy exceptions) และ (2) ข้อยกเว้นเพื่อการทำซ้ำส่วนตัว (Private copying exception) ดังมีรายละเอียดต่อไปนี้

3.3.3.1 ข้อยกเว้นเพื่อนโยบายสาธารณะ

ข้อยกเว้นเพื่อนโยบายสาธารณะ (Public Policy exceptions) เป็นข้อยกเว้นที่เกี่ยวข้องกับการใช้ประโยชน์จากงานอันมีลิขสิทธิ์ที่กฎหมายอนุญาตเพื่อประโยชน์สาธารณะ โดยแม้การกระทำนั้นๆ จะเป็นการกระทำอันเป็นการหลีกเลี่ยงมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยี แต่หากเป็นไปตามข้อยกเว้นการกระทำนั้นย่อมไม่เป็นความผิด เช่น การทำซ้ำโดยห้องสมุดหรือสถาบันการศึกษา การทำซ้ำเพื่อการสอนหรือการศึกษาวิจัย โดยบัญญัติไว้ในข้อ 5 (2)(a), (2)(c), (2)(d), (2)(e), (3)(a), (3)(b) และ (3)(e) ซึ่งได้แก่กรณีดังต่อไปนี้[78]

(1) การทำซ้ำลงบนกระดาษหรือการถ่ายเอกสารโดยเจ้าของลิขสิทธิ์ได้รับค่าตอบแทนที่เป็นธรรม

(2) การทำซ้ำโดยห้องสมุดสาธารณชน หน่วยงานการศึกษาและพิพิธภัณฑ์ หอเอกสาร ซึ่งมิได้มีวัตถุประสงค์เพื่อหาประโยชน์เชิงพาณิชย์

(3) การบันทึกชั่วคราวโดยองค์กรแพร่เสียงแพร่ภาพ หรือองค์กรเกี่ยวกับการรวบรวมเอกสาร

(4) การทำซ้ำโดยสถาบันที่ไม่แสวงหาผลประโยชน์เชิงพาณิชย์ เช่น โรงพยาบาล หรือเรือนจำ โดยเจ้าของสิทธิได้รับค่าตอบแทนที่เป็นธรรม

(5) การใช้เพื่อเป็นภาพประกอบการสอน หรือการค้นคว้าทางวิทยาศาสตร์โดยไม่มีวัตถุประสงค์เชิงพาณิชย์ ซึ่งจะต้องระบุแหล่งที่มารวมทั้งชื่อผู้สร้างสรรค์ด้วย

(6) การใช้งานที่ไม่แสวงหาผลประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ของผู้พิการซึ่งเกี่ยวข้องกับการพิการนั้น

(7) เพื่อประโยชน์ของความปลอดภัยสาธารณะ และรายงานการดำเนินการของรัฐบาล

---

[78] June M. Besek, “Anti-circumvention laws and copyright: A report from the Kernochan center for law, media and the arts,” Columbia Journal of law and the arts 41.

3.3.3.2 **ข้อยกเว้นเพื่อการทำซ้ำส่วนตัว** (private copying exception)

ข้อยกเว้นเพื่อการทำซ้ำส่วนตัวเป็นข้อยกเว้นในกรณีที่ผู้ใช้งานอันมีลิขสิทธิ์ทำซ้ำงานอันมีลิขสิทธิ์เพื่อประโยชน์ส่วนตัวที่มิใช่เพื่อการค้า เช่น การทำซ้ำงานอันมีลิขสิทธิ์ขึ้นอีกชิ้นหนึ่งเพื่อป้องกันการชำรุดหรือสูญหาย โดยบัญญัติไว้ใน ข้อ 5 (2)(b) ให้ประเทศสมาชิกกำหนดข้อยกเว้นในการทำซ้ำโดยบุคคลธรรมดาเพื่อใช้ส่วนตัวได้ ในกรณีที่ยังไม่มีมาตรการโดยสมัครใจในการกำหนดข้อยกเว้นการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีของเจ้าของสิทธิในระยะเวลาตามสมควร[79]

นอกจากนี้ กฎหมายสหภาพยุโรปยังกำหนดเงื่อนไขให้ประเทศสมาชิกต้องดำเนินการเพื่อให้สาธารณชนสามารถใช้ประโยชน์จากข้อยกเว้นโดยไม่มีมาตรการทางเทคโนโลยีเป็นอุปสรรคขวางกั้นไว้ ซึ่งแบ่งได้เป็น 2 กรณี[80] โดยบัญญัติไว้ในข้อ 6(4)(1) กรณีข้อยกเว้นเพื่อนโยบายสาธารณะ (Public policy exception) และข้อ 6(4)(2) กรณีข้อยกเว้นเพื่อการทำซ้ำส่วนตัว (Private copying exception) ดังนี้

(1) กรณีข้อยกเว้นเพื่อนโยบายสาธารณะ (Public policy exception) บัญญัติไว้ในข้อ 6(4) ว่าในกรณีที่ขาดมาตรการโดยสมัครใจ (Voluntary measures) ซึ่งจัดให้โดยผู้ถือสิทธิประเทศสมาชิกจะต้องหามาตรการที่เหมาะสมเพื่อทำให้แน่ใจว่าผู้ถือสิทธิทำให้ผู้ได้รับประโยชน์นั้นได้รับประโยชน์จากข้อยกเว้นและข้อจำกัด ดังนั้น ในกรณีที่ไม่ปรากฏมาตรการโดยความสมัครใจของเจ้าของลิขสิทธิ์ ประเทศสมาชิกต้องมีมาตรการที่เหมาะสมในการจัดการให้เจ้าของลิขสิทธิ์ดำเนินการให้ผู้ได้รับประโยชน์ (beneficiary) จากข้อยกเว้นนี้ได้รับประโยชน์ดังกล่าว เช่น ในกรณีที่ห้องสมุดซื้อหนังสืออิเล็กทรอนิกส์ซึ่งมีมาตรการทางเทคโนโลยีป้องกันการทำซ้ำทำให้ห้องสมุดไม่สามารถทำซ้ำหนังสือนั้นได้ ในกรณีดังกล่าวนี้หากไม่ปรากฏว่าเจ้าของลิขสิทธิ์ได้ดำเนินการอย่างใดๆเพื่อทำให้ห้องสมุดสามารถทำซ้ำได้ ประเทศสมาชิกจะต้องจัดให้มีมาตรการทางกฎหมายเพื่อให้ห้องสมุดเพื่อให้ห้องสมุดสามารถทำซ้ำหนังสือนั้นได้

---

[79] Directive 96/9/EC of the European Parliament and of the Council of 11 March 1996 on the Legal Protection of Databases

[80] จักรกฤษ ควรพจน์ และนันทน อินทนนท์, ลิขสิทธิ์ยุคเทคโนโลยีดิจิตอล มาตรการทางเทคโนโลยี และทางเลือกสำหรับประเทศไทย, หน้า 75-76.

(2) กรณีข้อยกเว้นเพื่อการทำซ้ำส่วนตัว (Private copying exception) บัญญัติไว้ในข้อ 6(4)(2) โดยกำหนดเงื่อนไขให้ประเทศสมาชิกต้องดำเนินการเพื่อให้ผู้ได้รับประโยชน์จากข้อยกเว้นได้รับประโยชน์ โดยกำหนดว่าประเทศสมาชิกสามารถแทรกแซงเพื่อให้ผู้ได้รับประโยชน์สามารถทำซ้ำเพื่อประโยชน์ส่วนตัวได้ แต่ต้องเป็นในกรณีที่เจ้าของลิขสิทธิ์ไม่ได้จัดให้มีการใช้ประโยชน์จากข้อยกเว้นนั้นเท่านั้น และจะต้องยอมรับให้เจ้าของลิขสิทธิ์กำหนดมาตรการในการจำกัดปริมาณการทำซ้ำ และต้องคำนึงถึงการจ่ายค่าตอบแทนที่เป็นธรรมให้แก่เจ้าของลิขสิทธิ์ด้วย

อย่างไรก็ตาม หลักการที่กำหนดให้ประเทศสมาชิกต้องดำเนินการเพื่อให้ผู้ได้รับประโยชน์ได้รับประโยชน์จากข้อยกเว้นดังกล่าวนี้ นำไปใช้กับการกระทำอันเป็นการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีโดยตรงเท่านั้น ไม่ได้ขยายความไปถึงการเตรียมการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีด้วย[81]

3.3.4 <u>ข้อยกเว้นตามกฎหมายของประเทศอังกฤษ</u>

ข้อยกเว้นการกระทำความผิดตามกฎหมายของอังกฤษบัญญัติไว้ในข้อ 296ZB(3) ของพระราชบัญญัติว่าด้วยลิขสิทธิ์ การออกแบบ และสิทธิบัตร ค.ศ. 1988 (The Copyright, Designs, and Patents Act of 1988 หรือ CDPA) แก้ไขเพิ่มเติมโดยข้อบังคับว่าด้วยลิขสิทธิ์และสิทธิอื่นที่เกี่ยวข้อง ค.ศ. 2003 (The Copyright and Related Rights Regulation 2003) ดังนี้[82] การกระทำตามข้อ 296ZB(1) และข้อ 296ZB(2) ไม่เป็นการกระทำผิดตามกฎหมายถ้ากระทำโดยเจ้าหน้าที่ซึ่งมีอำนาจบังคับใช้กฎหมาย หรือกระทำโดยหน่วยสืบราชการลับตามความหมายในข้อ 81 ของ Regulation of Investigatory Powers Act 2000 เพื่อ

(a) ความปลอดภัยของประเทศชาติ

(b) เจตนารมณ์ในการป้องกันหรือสืบสวนอาชญากรรม สอบสวนการกระทำความผิด หรือการดำเนินคดี

---

[81] เรื่องเดียวกัน, หน้า 75.

[82] Section 296ZB(3) of The Copyright, Designs, and Patents Act of 1988 Available from http//www.opsi.gov.uk (2008, June 18)

3.3.5 ข้อยกเว้นตามกฎหมายของประเทศออสเตรเลีย

ข้อยกเว้นตามกฎหมายของออสเตรเลียแบ่งได้เป็น 3 กลุ่ม ตามลักษณะของการกระทำอันเป็นการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีดังนี้[83]

(1) ข้อยกเว้นกรณีเป็นการกระทำโดยชอบด้วยกฎหมายซึ่งกระทำเพื่อการบังคับใช้กฎหมาย หรือเพื่อความปลอดภัยของชาติ โดยประเทศ (Commonwealth) หรือรัฐ (state) หรือเขต (territory) หรือโดยอำนาจขององค์กรใดๆ ดังกล่าว

(2) ข้อยกเว้นต่อข้อห้ามเกี่ยวกับการขาย การจำหน่ายจ่ายโอนอุปกรณ์ในการหลีกเลี่ยงมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยี หรือการทำให้อุปกรณ์เหล่านั้นใช้ได้ทางระบบออนไลน์ ถ้าเป็นไปตามเงื่อนไขดังต่อไปนี้

(i) อุปกรณ์ในการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีต้องถูกจัดหาสำหรับการใช้เพื่อ “วัตถุประสงค์ที่ได้รับอนุญาต (permitted purpose)”

(ii) บุคคลผู้ซึ่งอุปกรณ์ในการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีถูกจัดหามาให้นั้นต้องเป็น “บุคคลซึ่งมีคุณสมบัติ (qualified person)” ภายใต้กฎหมาย และ

(iii) บุคคลซึ่งมีคุณสมบัติซึ่งได้รับอุปกรณ์ในการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีนั้นจะต้องจัดให้มีการประกาศที่มีการลงนามและประกาศนั้นต้องระบุชื่อและที่อยู่ของผู้จัดหา, ชื่อและที่อยู่ของผู้รับอุปกรณ์ และหลักการที่ผู้รับเป็นบุคคลซึ่งมีคุณสมบัติ (qualified person), คำประกาศว่าอุปกรณ์ดังกล่าวจะถูกใช้เพื่อวัตถุประสงค์ที่ได้รับอนุญาต (permitted purpose) เท่านั้น และระบุวัตถุประสงค์ที่ได้รับอนุญาตนั้นโดยเฉพาะเจาะจง, ระบุข้อบทของบัญญัติที่อนุญาตโดยเฉพาะเจาะจง และระบุว่างานอันมีลิขสิทธิ์นั้นไม่สามารถใช้ได้ในรูปแบบซึ่งไม่ได้รับการป้องกันโดยมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยี

(3) ข้อยกเว้นต่อข้อห้ามในการผลิต นำเข้าอุปกรณ์ในการหลีกเลี่ยงมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีซึ่ง

---

[83] June M. Besek, “Anti-circumvention laws and copyright: A report from the Kernochan center for law, media and the arts,” Columbia Journal of law and the arts 40-41.

(i) อุปกรณ์นั้นถูกผลิตหรือนำเข้าเพื่อใช้สำหรับวัตถุประสงค์ที่ได้รับอนุญาต และงานอันมีลิขสิทธิ์นั้นไม่สามารถใช้ได้ในรูปแบบที่ไม่ได้รับการป้องกันโดยมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยี หรือ

(ii) อุปกรณ์นั้นถูกผลิตหรือนำเข้าเพื่อทำให้บุคคลใดๆ สามารถจัดหาอุปกรณ์สำหรับใช้เพื่อวัตถุประสงค์ที่ได้รับอนุญาตเท่านั้น

ข้อยกเว้นในข้อ 2 มีนำมาใช้กับกรณีการห้ามจัดหาบริการในการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยี นอกจากนี้ กฎหมายยังกำหนดให้เป็นความผิดทางอาญาถ้ามีการจัดทำประกาศไม่ถูกต้อง โดยรู้ว่าประกาศนั้นไม่ถูกต้องหรือขาดความระมัดระวังว่าประกาศนั้นไม่ถูกต้องหรือจะนำไปสู่ความเข้าใจที่ไม่ถูกต้อง[84]

กฎหมายกำหนดความหมายของวัตถุประสงค์ที่ได้รับอนุญาต (permitted purpose) ว่าคือการใช้ซึ่งเกี่ยวข้องกับสิทธิส่วนบุคคลและอยู่ภายใต้ข้อยกเว้นต่อการละเมิดลิขสิทธิ์ รวมทั้งการทำซ้ำโปรแกรมคอมพิวเตอร์เพื่อสร้างผลิตภัณฑ์ดำเนินการภายใน (interoperable product), เพื่อตรวจสอบความผิดพลาดและเพื่อการทดสอบเกี่ยวกับความปลอดภัย, การทำซ้ำโดยห้องสมุดหรือหอจดหมายเหตุเพื่อการใช้ หรือเพื่อการเก็บรักษา, การใช้งานอันมีลิขสิทธิ์โดยประเทศหรือรัฐ และการทำซ้ำที่ได้รับอนุญาตโดยสถาบันการศึกษา ส่วนความหมายของบุคคลซึ่งมีคุณสมบัติ (qualified person) คือ บุคคลผู้ซึ่งได้รับอนุญาตให้ทำซ้ำงานอันมีลิขสิทธิ์เพื่อวัตถุประสงค์ที่เป็นข้อยกเว้นตามกฎหมาย[85]

3.3.6 <u>ข้อยกเว้นตามกฎหมายของประเทศญี่ปุ่น</u>

บทบัญญัติกฎหมายของญี่ปุ่นไม่ได้กำหนดข้อยกเว้นไว้ อย่างไรก็ตาม เมื่อพิจารณาบทบัญญัติของญี่ปุ่นจะพบว่ากฎหมายห้ามเฉพาะกรณีการกระทำอันเป็นการตระเตรียมการเพื่อหลีกเลี่ยงมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีเท่านั้น[86]

---

[84] Ibid., p.40.

[85] Ibid.

[86] Ibid., p.44.

3.4 มาตรการลงโทษทางอาญา

เมื่อได้ทราบถึงการกระทำอันเป็นการหลีกเลี่ยงมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีซึ่งต้องห้ามตามกฎหมายและข้อยกเว้นการกระทำความผิดดังได้กล่าวมาข้างต้นแล้ว สิ่งที่ตามมาคือเมื่อมีการกระทำอันเป็นการหลีกเลี่ยงมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีที่ต้องห้ามตามกฎหมายเกิดขึ้น และการกระทำนั้นไม่ได้รับยกเว้นการกระทำความผิดแล้ว ผู้กระทำจะต้องรับโทษทางอาญาเช่นใดบ้าง ในหัวข้อนี้จึงเป็นการศึกษามาตรการลงโทษทางอาญาแก่การกระทำอันเป็นการหลีกเลี่ยงมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีของประเทศต่างๆ ดังต่อไปนี้

3.4.1 กฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา

กฎหมายของสหรัฐอเมริกา (DMCA) กำหนดมาตรการลงโทษทางอาญาแก่ผู้กระทำการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีไว้ในข้อ 1204 (a) โดยกำหนดให้บุคคลซึ่งกระทำการฝ่าฝืนข้อ 1201 โดยเจตนาเพื่อแสวงหาประโยชน์ทางการค้าหรือเพื่อหากำไรนั้น ในกรณีกระทำความผิดครั้งแรก ต้องรับโทษปรับไม่เกิน 500,000 เหรียญ หรือจำคุกเกิน 5 ปี หรือทั้งจำทั้งปรับ ส่วนในกรณีกระทำความผิดซ้ำอีก ต้องรับโทษปรับไม่เกิน 1,000,000 เหรียญ หรือจำคุกไม่เกิน 10 ปี หรือทั้งจำทั้งปรับ

อย่างไรก็ตาม ข้อ 1204 (b) กำหนดข้อยกเว้นไม่ต้องรับโทษทางอาญา ในกรณีเป็นห้องสมุดกำไร หอสมุด หรือสถาบันการศึกษาที่ไม่แสวงหากำไรไม่ต้องรับโทษทางอาญาไม่ว่ากรณีใดๆก็ตาม

3.4.2 กฎหมายของสหภาพยุโรป

แนวทางกฎหมายลิขสิทธิ์ของสหภาพยุโรป (EUCD) กล่าวถึงบทลงโทษผู้กระทำความผิดโดยการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีและการเยียวยาผู้เสียหายไว้ในข้อ 8 โดยข้อ 8(1) บัญญัติให้ “ประเทศสมาชิกต้องจัดให้มีการลงโทษและการเยียวยาที่เหมาะสม” และจะต้อง “ใช้มาตรการทั้งหมดที่จำเป็นเพื่อให้แน่ใจว่าการลงโทษและการเยียวยานั้นจะถูกนำมาใช้” ทั้งนี้บทลงโทษนั้นจะต้องเป็นบทลงโทษ “ที่มีประสิทธิภาพ (effective) ได้สัดส่วน (proportionate) และ

มีผลให้เกิดการยับยั้งการกระทำความผิด (dissuasive) นอกจากนี้ข้อ ข้อ 8(2) ยังได้กำหนดให้ประเทศสมาชิกสร้างกลไกที่ทำให้ผู้ถือสิทธิ (rightholder) สามารถเรียกร้องค่าเสียหาย ขอให้ศาลมีคำสั่งใดๆ ตลอดจนยึดวัสดุอุปกรณ์และส่วนประกอบที่ใช้ในการละเมิดตามที่กล่าวถึงไว้ในข้อ 6(2)[87]

เป็นที่น่าสังเกตว่ากฎมายกำหนดให้ประเทศสมาชิกต้องจัดให้มีการลงโทษและการเยียวยาที่เหมาะสม แต่ไม่ได้กำหนดรายละเอียดที่ชัดเจนว่ามาตรการการลงโทษและเยียวยาอย่างใดบ้างที่จะนำมาใช้[88] ซึ่งมีผลต่อการตีความที่แตกต่างกันเมื่อนำมาบัญญัติเป็นกฎหมายภายในของแต่ละประเทศสมาชิกสหภาพยุโรป

อย่างไรก็ตาม เมื่อพิจารณาบทบัญญัติข้อ 58 ของกฎหมาย EUCD มีการให้รายละเอียดเพิ่มเติมว่าบทลงโทษควรที่จะ “มีประสิทธิภาพ ได้สัดส่วน และมีผลเป็นการยับยั้ง และควรที่จะมีความเป็นไปได้บรรเทาความเสียหาย และเป็นไปได้ที่จะนำมาใช้เพื่อการยึดวัตถุละเมิด[89]

3.4.3 <u>กฎหมายของประเทศอังกฤษ</u>

มาตรการลงโทษตามกฎหมายของอังกฤษบัญญัติไว้ใน ข้อ 296ZB(4) ของพระราชบัญญัติว่าด้วยลิขสิทธิ์ การออกแบบ และสิทธิบัตร ค.ศ. 1988 (The Copyright, Designs, and Patents Act of 1988 หรือ CDPA) แก้ไขเพิ่มเติมโดยข้อบังคับว่าด้วยลิขสิทธิ์และสิทธิอื่นที่เกี่ยวข้อง ค.ศ. 2003 (The Copyright and Related Rights Regulation 2003) ดังนี้

ข้อ 296ZB(4)[90] วางหลักเกณฑ์ว่า บุคคลซึ่งมีความผิดจากการกระทำตามข้อ 296ZB(1) และข้อ 296ZB(2) ต้องรับโทษ

---

[87] Michael Girsberger and Urs Gasser, “**Transposing the Copyright Directive:Legal Protection of Technological Measures in EU-Member States**,” in <u>Berkman working paper No.2004-10</u>, p.11.

[88] Urs Gasser, **“Legal Frameworks and Technological Protection of Digital Content: Moving Forward Towards a Best Practice Model**,” in <u>Berkman center research publication No.2006-04</u>, p.89.

[89] Ibid., p.89.

[90] Section 296ZB(4) of The Copyright, Designs, and Patents Act of 1988 Available from http//www.opsi.gov.uk [2008, June 18]

(a) ในการพิจารณาคดีแบบรวบรัด (Summary conviction) รับโทษจำคุกไม่เกิน 3 เดือน หรือปรับไม่เกินอัตราสูงสุดตามกฎหมาย หรือทั้งจำทั้งปรับ

(b) ในคดีไต่สวนมูลฟ้อง (conviction on indictment) รับโทษปรับ หรือจำคุกไม่เกิน 2 ปี หรือทั้งจำทั้งปรับ

ข้อ 296ZB(4)[91] วางหลักเกณฑ์ว่าข้อต่อสู้ของจำเลยในการพิจารณาคดีว่าได้กระทำความผิดตามบทบัญญัติในส่วนนี้คือพิสูจน์ว่าตนไม่รู้ และไม่มีมูลเหตุที่สมเหตุสมผลที่จะเชื่อว่า

(a) อุปกรณ์ ผลิตภัณฑ์ หรือส่วนประกอบ หรือ

(b) บริการนั้นๆ

ทำให้สามารถหรือทำให้ง่ายซึ่งการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีที่มีประสิทธิภาพ

3.4.4 <u>กฎหมายของประเทศเยอรมัน</u>

กฎหมายของเยอรมันกำหนดมาตรการลงโทษทางอาญาแก่ผู้กระทำการอันเป็นการหลีกเลี่ยงมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีโดยจำแนกได้เป็นกลุ่มคือ

3.4.5.1 **มาตรการลงโทษทางอาญาแก่การกระทำอันเป็นการหลีกเลี่ยงมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีโดยตรง**

โดยบัญญัติไว้ในข้อ 108b(1) ว่า บุคคลผู้ซึ่งโดยปราศจากอำนาจของผู้ถือสิทธิได้หลีกเลี่ยงมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีโดยมีเจตนาเพื่อทำให้ตนเองหรือผู้อื่นสามารถ

---

[91] Section 296ZB(5) of The Copyright, Designs, and Patents Act of 1988 Available from http//www.opsi.gov.uk [2008, June 18]

เข้าถึงงานซึ่งได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายนี้..., หรือทำให้สามารถใช้งานนั้นได้,...จะต้องรับโทษจำคุกไม่เกิน 1 ปี หรือปรับ[92] อย่างไรก็ตาม มาตรการทางอาญาตามบทบัญญัติข้อ 108b(1) ดังกล่าวไม่ใช้ในกรณีการใช้โดยส่วนตัวโดยผู้กระทำผิดหรือบุคคลใกล้ชิด เช่น สมาชิกในครอบครัวหรือเพื่อนสนิท[93]

3.4.5.2 มาตรการลงโทษทางอาญาแก่การกระทำอันเป็นการตระเตรียมการเพื่อหลีกเลี่ยงมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยี

โดยบัญญัติไว้ในข้อ111a(2) มีหลักเกณฑ์ว่าบุคคลใดๆผู้ซึ่งโดยมีวัตถุประสงค์ทางการค้า ได้ผลิต นำเข้า จำหน่าย หรือกระทำโดยประการอื่นซึ่งอุปกรณ์ในการหลีกเลี่ยงมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยี ถ้าผู้กระทำความผิดได้กระทำโดยมีวัตถุประสงค์ทางการค้า บทลงโทษทางอาญาคือจำคุกไม่เกิน 3 ปี หรือปรับ ในทางตรงกันข้ามการกระทำอื่นซึ่งเป็นการละเมิดตามข้อ 95a(3) ไม่ถูกพิจารณาว่าเป็นอาชญากรรม แต่อาจจะได้รับโทษปรับไม่เกิน 10,000 ยูโร หรือปรับ 50,000 บาท ตามที่บัญญัติในข้อ 111a(2)[94]

3.4.5 <u>กฎหมายของประเทศเดนมาร์ค</u>

กฎหมายของเดนมาร์ค (the Danish Copyright Act) กำหนดให้ทั้งการหลีกเลี่ยงมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีโดยตรง ตามที่บัญญัติในข้อ 75c(1) และการกระทำอันเป็นการตระเตรียมการเพื่อหลีกเลี่ยงมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีตามที่บัญญัติในข้อ 75c(2) นั้นเป็นความผิด

---

[92] Michael Girsberger and Urs Gasser, "**Transposing the Copyright Directive:Legal Protection of Technological Measures in EU-Member States**," in <u>Berkman working paper No.2004-10</u>, p.27.

[93] Ibid.

[94] Ibid.

มาตรการลงโทษทางอาญาต่อการกระทำความผิดตามบทบัญญัติข้างต้นนั้น บัญญัติไว้ในข้อ 78(1) กล่าวคือ บุคคลผู้ซึ่งโดยเจตนาหรือโดยประมาท ได้กระทำการอันเป็นการละเมิดข้อ 75c ต้องได้รับโทษปรับ[95]

เมื่อพิจารณาบทบัญญัติในข้อ 78(1) จะพบว่ากฎหมายของเดนมาร์คไม่ได้บัญญัติโทษจำคุกแก่การกระทำอันเป็นการหลีกเลี่ยงมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยี[96] กฎหมายบัญญัติให้ผู้กระทำการอันเป็นการหลีกเลี่ยงมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีโดยตรงและผู้ตระเตรียมการเพื่อหลีกเลี่ยงมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีได้รับเพียงโทษปรับ

3.4.6 <u>กฎหมายของประเทศกรีซ</u>

กฎหมายลิขสิทธิ์ของกรีซ (The Greek Copyright ACT) กำหนดให้ทั้งการหลีกเลี่ยงมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีโดยตรง ตามที่บัญญัติในข้อ 66(A)(2) และการกระทำอันเป็นการตระเตรียมการเพื่อหลีกเลี่ยงมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีกล่าวคือการผลิต นำเข้า จำหน่ายจ่ายโอน ขาย ให้เช่า โฆษณาเพื่อขายหรือให้เช่า หรือเป็นเจ้าของเพื่อวัตถุประสงค์ทางการค้า ซึ่งอุปกรณ์หรือบริการในการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยี ตามที่บัญญัติในข้อ 66(A)(3) นั้นเป็นความผิด[97]

มาตรการลงโทษต่อการกระทำความผิดข้างต้นบัญญัติไว้ในข้อ 66(4) ซึ่งบัญญัติว่า การกระทำอันเป็นการละเมิดบทบัญญัติข้อ 66(A)(2) และข้อ 66(A)(3) ต้องได้รับโทษจำคุกตั้งแต่ 1 ปีขึ้นไป และปรับตั้งแต่ 2,900 ถึง 15,000 ยูโร นอกจากนี้ยังมีบทลงโทษโดยการให้การจ่ายค่าเสียหาย, การลงโทษเป็นตัวเงิน (pecuniary penalty), การกักขัง (personal detention), การชดใช้ค่าเสียหายต่อผู้ถือสิทธิเท่าจำนวนของกำไรที่ได้มาโดยผิดกฎหมาย (restitution of illicit profit)[98]

---

[95] Ibid., p.28.

[96] Ibid.

[97] Urs Gasser, **"Legal Frameworks and Technological Protection of Digital Content: Moving Forward Towards a Best Practice Model,"** in <u>Berkman center research publication No.2006-04</u>, p.90.

[98] Ibid., p.90.

3.4.6 <u>กฎหมายของประเทศญี่ปุ่น</u>

กฎหมายของประเทศญี่ปุ่นบัญญัติห้ามเฉพาะการกระทำอันเป็นการตระเตรียมการเพื่อหลีกเลี่ยงมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีเท่านั้น โดยบัญญัติไว้ในข้อ 120 ทวิ แห่งกฎหมายลิขสิทธิ์ของญี่ปุ่น (The Japan Copyright Law หรือ JLC) ซึ่งห้ามการจำหน่ายจ่ายโอนเครื่องมือในการหลีกเลี่ยงมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยี และการเสนอบริการในการหลีกเลี่ยงมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีต่อสาธารณชน

บทลงโทษทางอาญาบัญญัติไว้ในข้อ 120 ทวิ โดยบัญญัติให้บุคคลดังต่อไปนี้จะต้องได้รับโทษจำคุกไม่เกิน 1 ปี หรือปรับไม่เกิน 1,000,000 เยน

(i) บุคคลผู้ซึ่งโอนความเป็นเจ้าของไปยังสาธารณชนะ หรือให้ยืมแก่สาธารณะชน ผลิต นำเข้า เป็นเจ้าของเพื่อโอนความเป็นเจ้าของหรือเพื่อให้ยืมแก่สาธารณะชน หรือเสนอเพื่อการใช้โดยสาธารณะชน ซึ่งอุปกรณ์อันมีหน้าที่หลักในการหลีกเลี่ยงมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยี (เช่นอุปกรณ์หรือส่วนหนึ่งส่วนใดของอุปกรณ์ซึ่งสามารถประกอบเข้าด้วยกันได้โดยง่าย) หรือสำเนาของโปรแกรมซึ่งมีหน้าที่หลักในการหลีกเลี่ยงมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยี หรือส่งโปรแกรมโดยทางสาธารณะหรือทำให้โปรแกรมนั้นสามารถส่งทางสาธารณะชนได้

(ii) บุคคลผู้ซึ่งกระทำการในทางการค้า หลีกเลี่ยงมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีซึ่งตอบสนองต่อการร้องขอจากสาธารณะชน

(iii) บุคคลผู้ซึ่งเพื่อวัตถุประสงค์ในทางแสวงหากำไร ได้กระทำการอันเป็นการละเมิด สิทธิของผู้ประพันธ์ ลิขสิทธิ์ สิทธิของนักแสดง หรือสิทธิข้างเคียงภายใต้บทบัญญัติข้อ 113(3)

กล่าวโดยสรุป ในปัจจุบันบทบัญญัติกฎหมายในหลายประเทศต่างมีบทบัญญัติที่ให้ความคุ้มครองแก่มาตรการป้องกันทางเทคโนโลยี โดยห้ามการกระทำอันเป็นการหลีกเลี่ยงมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยี อย่างไรก็ตาม ระดับของการให้ความคุ้มครองแก่มาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีในแต่ละประเทศนั้นแตกต่างกันในรายละเอียด ที่เป็นเช่นนี้เนื่องมาจากแนวคิดในการให้ความคุ้มครองงานอันมีลิขสิทธิ์ ตลอดจนสภาวการณ์ของประเทศมีความแตกต่างกัน ประเทศที่ให้ความสำคัญแก่ระบบการค้าเสรีมาก เช่นประเทศสหรัฐอเมริกา จะให้ความคุ้มครองแก่มาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีอย่างกว้างขวางแม้ในกรณีที่มาตรการนั้นจะนำมาใช้เพื่อป้องกันงานที่โดย

ปกติไม่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์ ตรงกันข้ามในบางประเทศจะแม้จะให้ความคุ้มครองแก่มาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีแต่จะควบคุมไม่ให้การคุ้มครองนั้นเกินขอบเขตของสิทธิที่เจ้าลิขสิทธิ์พึงจะได้รับตามกฎหมายลิขสิทธิ์ นั่นคือ กฎหมายจะให้ความคุ้มครองเฉพาะมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีที่ใช้ป้องกันการละเมิดลิขสิทธิ์เท่านั้น เช่นกรณีประเทศญี่ปุ่น ด้วยเหตุนี้ เมื่อทราบถึงบทบัญญัติกฎหมายของต่างประเทศว่าด้วยการหลีกเลี่ยงมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีโดยสังเขปแล้ว ย่อมสามารถนำไปพิจารณาเพื่อหาแนวทางที่เหมาะสมให้แก่การกระทำการอันเป็นการหลีกเลี่ยงมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีที่เกิดขึ้นในประเทศไทยได้ ดังจะได้อธิบายในบทต่อไป

บทที่ 4
กฎหมายทางอาญาของประเทศไทยว่าด้วยการหลีกเลี่ยงมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยี

ภายหลังจากศึกษาบทบัญญัติว่าด้วยการกระทำอันเป็นการหลีกเลี่ยงมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีของต่างประเทศและทราบถึงแนวทางในการให้ความคุ้มครองแก่มาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีของประเทศต่างๆ ตลอดจนข้อดีและข้อเสียของหลักการในกฎหมายต่างประเทศแล้วนั้น ในบทนี้จะเป็นการศึกษาว่าบทบัญญัติที่มีอยู่ในประเทศไทยนั้นสามารถนำมาปรับใช้กับการกระทำอันเป็นการหลีกเลี่ยงมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีได้หรือไม่ และสามารถปรับได้ในกรณีใดบ้าง และในกรณีที่บทบัญญัติที่มีอยู่ไม่อาจปรับใช้ได้นั้น ควรที่จะบัญญัติกฎหมายขึ้นมาเสริมหรือไม่ และหากต้องบัญญัติกฎหมายใหม่ควรจะบัญญัติในแนวทางใดจึงจะเหมาะสม

4.1 กฎหมายทางอาญาของไทยที่นำมาปรับใช้กับการหลีกเลี่ยงมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยี

การกระทำความผิดโดยการหลีกเลี่ยงมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีทั้งโดยตรงและการกระทำอันเป็นการตระเตรียมการนั้นเป็นการกระทำที่เกิดขึ้นในประเทศไทยซึ่งได้กล่าวมาแล้วว่าส่งผลกระทบให้เกิดความเสียหายทั้งต่อเจ้าของลิขสิทธิ์และต่อประเทศ แต่ปัจจุบันประเทศไทยยังไม่มีบทบัญญัติเฉพาะแก่การกระทำอันเป็นการหลีกเลี่ยงมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีเหมือนดังเช่นในต่างประเทศ ดังนั้น ในหัวข้อนี้จึงเป็นการศึกษาว่าหากเกิดการกระทำความผิดดังกล่าวขึ้นในประเทศไทยจะสามารถนำบทบัญญัติแห่งกฎหมายอาญาที่มีอยู่ในปัจจุบันนำมาปรับใช้กับการกระทำดังกล่าวได้เช่นไรบ้างดังจะได้อธิบายดังต่อไปนี้

4.1.1 การหลีกเลี่ยงมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีโดยตรง

การหลีกเลี่ยงมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยี หมายถึง การทำลายหรือลัดหรือกระทำโดยวิธีใดๆ ซึ่งไม่ใช่เป็นวิธีการปกติต่อมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยี เพื่อที่จะเข้าถึงหรือใช้งานที่ได้รับการป้องกัน กล่าวคือ ประการแรกจะต้องมีสิ่งกีดกั้นทางเทคโนโลยี (technological

barrier) อยู่ระหว่างผู้ใช้และงานใดๆ และประการที่สองสิ่งกีดกั้นนั้นจะต้องถูกทำลายหรือมีการลัดสิ่งกีดกั้นนั้นก่อนผู้ใช้จึงจะสามารถเข้าถึงหรือใช้งานวัสดุนั้นๆ ได้หากมีสิ่งกีดกั้นทางเทคโนโลยีแต่ผู้ใช้ไม่ได้ทำลายหรือลัดสิ่งกีดกั้นนั้น หากผู้ใช้เพียงแต่กระทำโดยวิธีปกติก็สามารถเข้าถึงหรือใช้งานแก่วัสดุนั้นๆ ได้ย่อมไม่อยู่ในความหมายของการหลีกเลี่ยงมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยี กรณีการใช้รหัสผ่านโดยไม่ได้รับอนุญาตแต่เป็นรหัสผ่านที่ถูกต้อง เช่น การขโมยรหัสผ่านมา ไม่ถือเป็นการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยี

กฎหมายทางอาญาของประเทศไทยที่สามารถนำมาปรับใช้แก่การกระทำอันเป็นการหลีกเลี่ยงมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีโดยตรงในปัจจุบัน ได้แก่ พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 และพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ ดังจะได้อธิบายดังต่อไปนี้

4.1.1.1 **<u>พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537</u>**

พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 เป็นกฎหมายหลักที่ให้ความคุ้มครองลิขสิทธิ์ของประเทศไทย เจตนารมณ์ของพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์คือการปกป้องคุ้มครองสิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์อันได้แก่ (1) สิทธิในการทำซ้ำหรือดัดแปลงงานอันมีลิขสิทธิ์ และ (2) สิทธิในการเผยแพร่ต่อสาธารณะชนซึ่งงานอันมีลิขสิทธิ์นั้น (3) สิทธิในการให้เช่าต้นฉบับหรือสำเนางานโปรแกรมคอมพิวเตอร์ โสตทัศนวัสดุ ภาพยนตร์ และสิ่งบันทึกเสียง (4) สิทธิในการให้ประโยชน์อันเกิดจากลิขสิทธิ์แก่ผู้อื่น และ (5) สิทธิในการอนุญาตให้ผู้อื่นใช้สิทธิแต่เพียงผู้เดียวของเจ้าของลิขสิทธิ์ ดังนั้น การกระทำใดเป็นการละเมิดสิทธิดังกล่าวของเจ้าของลิขสิทธิ์โดยไม่มีบทบัญญัติยกเว้นให้กระทำได้ การกระทำนั้นย่อมเป็นความผิดตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์นี้

ในการพิจารณาว่าการกระทำอันเป็นการหลีกเลี่ยงมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีโดยตรงเป็นการกระทำความผิดตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 หรือไม่จึงต้องพิจารณาว่าการกระทำอันเป็นการหลีกเลี่ยงมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีนั้นเข้าข่ายการกระทำอันเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์หรือไม่

การกระทำอันเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์นั้นคือการละเมิดสิทธิแต่เพียงผู้เดียวของเจ้าของลิขสิทธิ์ อันได้แก่ (1) การทำซ้ำหรือดัดแปลง (2) เผยแพร่ต่อสาธารณะชน (3) ให้เช่าต้นฉบับหรือสำเนางานโปรแกรมคอมพิวเตอร์ โสตทัศนวัสดุ ภาพยนตร์ และสิ่งบันทึกเสียง (4) ให้ประโยชน์อันเกิดจากลิขสิทธิ์แก่ผู้อื่น และ (5) อนุญาตผู้อื่นใช้สิทธิตาม (1) (2) หรือ (3)

ขณะเดียวกันการหลีกเลี่ยงมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีโดยตรงหมายถึง การกระทำที่ผู้กระทำเป็นผู้ที่ใช้เครื่องมือหรืออุปกรณ์ในการที่จะทำลายหรือลัดสิ่งกีดกั้นทางเทคโนโลยีก่อนที่ผู้ใช้จะสามารถเข้าไปยังวัสดุที่ได้รับการป้องกันได้ ดังนั้น องค์ประกอบที่สำคัญของ “การหลีกเลี่ยง (circumvention)” ก็คือ ต้องมีมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีกั้นอยู่ระหว่างผู้ใช้กับงานอันมีลิขสิทธิ์ และจะต้องมีการ “ทำลาย” หรือ “ลัด” สิ่งกีดกั้นซึ่งก็คือมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีนั้น เมื่อครบองค์ประกอบนี้ย่อมเป็นการกระทำอันเป็นการหลีกเลี่ยงมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีทันที ซึ่งโดยหลักแล้วจะเห็นได้ว่าแค่เพียงผู้กระทำได้ทำลายหรือลัดสิ่งกีดกั้นทางเทคโนโลยี การกระทำนั้นย่อมเป็นการ “หลีกเลี่ยง” มาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีแล้ว แม้ผู้กระทำจะยังไม่ได้ดำเนินการใดๆ ต่องานที่มาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีนั้นป้องกันอยู่ กล่าวคือ ยังไม่ถึงขนาดต้องมีการทำซ้ำหรือดัดแปลง หรือเผยแพร่ต่อสาธารณชน ดังนั้น การหลีกเลี่ยงมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีจึงไม่อาจพิจารณาได้ว่าเป็นการกระทำอันเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537

อย่างไรก็ตาม เมื่อพิจารณาโดยข้อเท็จจริงแล้ว ในการหลีกเลี่ยงมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีใดๆ ผู้ที่ได้ทำการลัดหรือทำลายมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีย่อมมีวัตถุประสงค์ในการหลีกเลี่ยงนอกเหนือไปจากแค่เพียงต้องการลัดหรือทำลายมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีเท่านั้น นั่นคือต้องการลัดหรือทำลายสิ่งกีดกั้นทางเทคโนโลยีนั้นๆ เพื่อที่จะนำข้อมูลที่ได้รับการป้องกันออกมาใช้ ซึ่งในการจะนำข้อมูลออกมาใช้จะต้องมีการทำสำเนาข้อมูลที่ได้รับการป้องกันนั้นเพื่อที่จะสามารถนำข้อมูลที่ได้รับการป้องกันนั้นออกมาใช้งานได้ ดังนั้น สิ่งที่ตามมาโดยอัตโนมัติคือจะต้องมีการทำซ้ำข้อมูลนั้นๆ และทันทีที่เกิดการทำซ้ำงานของผู้อื่นโดยไม่ได้รับอนุญาตย่อมมีความผิดตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ ตัวอย่างเช่น ในวีดีโอเทปภาพยนตร์เรื่องหนึ่งมีระบบป้องกันการทำสำเนามาโครวิชั่น (Macrovision’s copy guard) เพื่อป้องกันการทำซ้ำ เมื่อบุคคลใดหลีกเลี่ยงเทคโนโลยีดังกล่าวโดยใช้โปรแกรมนำเอาเทคโนโลยีนี้ออกไป เพียงแค่นำเอาเทคโนโลยีนี้ออกไปย่อมไม่เป็นความผิดฐานละเมิดลิขสิทธิ์ตามพระราชบัญญัตินี้ แต่ในทางปฏิบัติการเมื่อมีการนำเอาเทคโนโลยีนี้ออกไปกระบวนการที่เกิดตามมาพร้อมๆ กันคือการทำ

สำเนางานที่ได้รับการป้องกันนั้นเพื่อที่จะนำงานนั้นออกไปใช้ ดังนั้น แม้การกระทำอันเป็นการหลีกเลี่ยงมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีโดยตรงจะไม่อาจกล่าวได้ว่าเป็นการกระทำซ้ำตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ก็ตาม แต่เมื่อเกิดการหลีกเลี่ยงมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีที่ป้องกันการทำซ้ำและได้มีการทำซ้ำงานที่ได้รับการป้องกันนั้น ผู้กระทำย่อมมีความผิดตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 เนื่องจากการได้กระทำทำซ้ำโดยไม่ได้รับอนุญาต

ด้วยเหตุนี้การหลีกเลี่ยงมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีโดยตรงจึงเป็นการกระทำความผิดพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 แต่ทั้งนี้ ผู้กระทำจะต้องได้หลีกเลี่ยงมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีและได้ทำซ้ำข้อมูลซึ่งได้รับการป้องกันโดยมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีนั้นๆ ด้วย หากเพียงแต่ผู้กระทำได้หลีกเลี่ยงมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีแต่ไม่ได้ทำซ้ำข้อมูลใดๆ ย่อมไม่เป็นความผิดตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ ส่วนจะเป็นความผิดตามกฎหมายอื่นหรือไม่นั้นจะได้อธิบายในหัวข้อต่อไป

4.1.1.2 **พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ.** 2550

พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิเตอร์ พ.ศ. 2550 มีผลใช้บังคับเมื่อวันที่ 18 กรกฎาคม 2550 บัญญัติขึ้นเนื่องจากเหตุผลดังต่อไปนี้

“ในปัจจุบันระบบคอมพิวเตอร์ได้เป็นส่วนสำคัญของการประกอบกิจการและการดำรงชีวิตของมนุษย์ หากมีผู้กระทำด้วยประการใดๆ ให้ระบบคอมพิวเตอร์ไม่สามารถทำงานตามคำสั่งที่กำหนดไว้หรือทำให้การทำงานผิดพลาดไปจากคำสั่งที่กำหนดไว้ หรือใช้วิธีการใดๆ เข้าล่วงรู้ข้อมูล แก้ไข หรือทำลายข้อมูลของบุคคลอื่นในระบบคอมพิวเตอร์โดยมิชอบ หรือใช้ระบบคอมพิวเตอร์เพื่อเผยแพร่ข้อมูลคอมพิวเตอร์อันเป็นเท็จหรือมีลักษณะอันลามกอนาจาร ย่อมก่อให้เกิดความเสียหาย กระทบกระเทือนต่อเศรษฐกิจ สังคม และความมั่นคงของรัฐ รวมทั้งความสงบสุขและศีลธรรมอันดีของประชาชน สมควรกำหนดมาตรการเพื่อป้องกันและปราบปรามการกระทังกล่าว จึงจำเป็นต้องตราพระราชบัญญัตินี้[1]”

---

[1] พรเพชร วิชิตชลชัย, คำอธิบายพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550, พิมพ์ครั้งที่ 1(กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์ดอกเบี้ย, 2550), หน้า 2.

สิ่งที่ได้รับความคุ้มครองตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 ได้แก่ ระบบคอมพิวเตอร์และข้อมูลคอมพิวเตอร์ โดยพระราชบัญญัติดังกล่าวได้กำหนดนิยามของ “ข้อมูลคอมพิวเตอร์” ไว้ในมาตรา 3 ดังนี้

“ข้อมูลคอมพิวเตอร์ หมายความว่า ข้อมูล ข้อความ คำสั่ง ชุดคำสั่ง หรือสิ่งอื่นใดบรรดาที่อยู่ในระบบคอมพิวเตอร์ในสภาพที่ระบบคอมพิวเตอร์อาจประมวลผลได้ และให้หมายความรวมถึงข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ตามกฎหมายว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ด้วย”

“ข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์” ตามที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2544 ได้ให้ความหมายคำว่า ข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ ไว้ว่า “ข้อความที่ได้สร้าง ส่ง เก็บรักษา หรือประมวลผลด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ เช่น วิธีการแลกเปลี่ยนข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ จดหมายอิเล็กทรอนิกส์ โทรเลข โทรพิมพ์ หรือโทรสาร”[2]

“ข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์” ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2544 ไม่ได้จำกัดอยู่แต่เฉพาะข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ที่ใช้ติดต่อสื่อสารเท่านั้น แต่มุ่งประสงค์ให้ครอบคลุมถึงข้อมูลหรือบันทึกที่สร้างขึ้นโดยคอมพิวเตอร์ แม้จะไม่ได้ใช้เป็นสื่อในการสื่อสารกับบุคคลอื่นก็ตาม และวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ในที่นี้ให้รวมถึงพัฒนาการทางเทคโนโลยีในลักษณะอื่นที่คล้ายคลึงกันในอนาคต[3]

การกระทำความผิดทางคอมพิวเตอร์นั้นอาจเป็นการกระทำต่อ “ข้อมูล” ซึ่งไม่ได้สื่อความหมายถึงเรื่องราวต่างๆ ทำนองเดียวกับ “ข้อความ” แต่อย่างใด ตัวอย่างของข้อมูล เช่น รหัสผ่าน หริอลายมือชื่อิเล็กทรอนิกส์ แต่กระนั้นก็ตาม แม้ “ข้อมูล” จะมีลักษณะหลากหลายแล้วแต่การสร้างและวัตถุประสงค์ในการใช้งาน แต่ “ข้อมูล” ที่กล่าวถึงนี้ต้องมีลักษณะสำคัญประการหนึ่งคือ ต้องเป็นข้อมูล “ดิจิตัล” เท่านั้น[4]

---

[2] เรื่องเดียวกัน, หน้า 5”

[3] พิญดา เลิศกิตติกุล, “พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 : ศึกษากรณีความรับผิดทางอาญาเกี่ยวกับการเข้าถึงระบบคอมพิวเตอร์และข้อมูลคอมพิวเตอร์,” (วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย,2550), หน้า 118.

[4] เรื่องเดียวกัน, หน้า 119.

ดังนั้น จากบทนิยามในมาตรา 3 ว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์พบว่างานอันมีลิขสิทธิ์อาจรวมอยู่ในความหมายนี้ได้ และถือเป็นข้อมูลคอมพิวเตอร์อันจะได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายฉบับนี้ได้หากงานนั้นเข้าไปอยู่ในระบบคอมพิวเตอร์ในสภาพที่อาจประมวลผลได้[5] โดยงานอันมีลิขสิทธิ์นั้นจะต้องอยู่ในรูปแบบของ “ข้อมูลดิจิตัล” เท่านั้น

เมื่อทราบแล้วว่างานอันมีลิขสิทธิ์อยู่ในขอบข่ายที่จะได้รับความคุ้มครองตามพระราชบัญญัตินี้แล้ว หากมีการนำมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีมาใช้กับข้อมูลคอมพิวเตอร์ซึ่งเป็นงานอันมีลิขสิทธิ์เพื่อป้องกันการละเมิดลิขสิทธิ์ และมีการหลีกเลี่ยงมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีนั้น พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 จะนำมาปรับใช้ในกรณีเช่นใดบ้าง ดังจะได้อธิบายต่อไปนี้

พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 ได้กำหนดฐานความผิดในการเข้าถึงข้อมูลคอมพิวเตอร์ไว้ในมาตรา 7 โดยบัญญัติว่า

“ผู้ใดเข้าถึงโดยมิชอบซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่มีมาตรการป้องกันการเข้าถึงโดยเฉพาะ และมาตรการนั้นมิได้มีไว้สำหรับตน ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน 2 เดือน หรือปรับไม่เกิน 4 หมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

จากบทบัญญัติดังกล่าวมีประเด็นที่ต้องพิจารณาซึ่งเกี่ยวข้องกับการกระทำอันเป็นการหลีกเลี่ยงมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีนั่นคือความหมายของ “การเข้าถึง” ข้อมูลคอมพิวเตอร์ ทั้งนี้ คณะกรรมการวิสามัญพิจารณาร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 เห็นว่าไม่ต้องมีการเพิ่มคำนิยาม “การเข้าถึง” เพราะเป็นถ้อยคำที่มีความหมายอยู่ในตัวและศาลจะเป็นผู้ตีความอยู่แล้ว[6] อย่างไรก็ตาม อาจพิจารณาความหมายของการเข้าถึงได้ดังนี้

---

[5] อรพรรณ พนัสพัฒนา, “บทบาทของพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 ในการปกป้องงานอันมีลิขสิทธิ์,” วารสารกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ (2550): 66.

[6] พิญดา เลิศกิตติกุล, “พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 : ศึกษากรณีความรับผิดทางอาญาเกี่ยวกับการเข้าถึงระบบคอมพิวเตอร์และข้อมูลคอมพิวเตอร์,” หน้า 112.

การเข้าถึง (access) หมายถึง เข้าไปสู่ สั่ง สื่อสารกับ ใส่ข้อมูลเข้าไปเก็บไว้ ล้วงข้อมูลมาจาก หรืออีกนัยหนึ่ง เอาประโยชน์ใดๆ ของเครื่องคอมพิวเตอร์ ระบบคอมพิวเตอร์หรือข่ายงานคอมพิวเตอร์มาใช้ ดังนั้น การเข้าถึงโดยไม่มีอำนาจ หมายถึง การกระทำที่ผู้กระทำไม่ได้รับอนุญาตให้ผ่านเข้าไปในระบบ หรือข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่มีการรักษาความปลอดภัย เช่น การตั้งรหัสผ่านไว้[7]

คำว่า “เข้าถึง (access)” เป็นคำใหม่ในกฎหมายอาญาซึ่งมีผู้นำไปเปรียบเทียบกับคำว่าบุกรุกตามประมวลกฎหมายอาญา แม้โดยจุดประสงค์พื้นฐานของการบุกรุกและการเข้าถึงจะไม่แตกต่างกันคือเข้าไปในที่ที่ตนไม่มีสิทธิหรือได้รับอนุญาต หากแต่มีความหมายแตกต่างกันมากในการจำกัดขอบเขตในการกระทำนั้น หรือให้คำอธิบายในการกระทำดังกล่าวว่าเป็นการบุกรุกหรือเป็นการเข้าถึงหรือไม่ เนื่องจากการบุกรุกตามปกติเป็นการเข้าไปในความหมายทางกายภาพเป็นการกระทำต่ออสังหาริมทรัพย์ สามารถมองเห็นได้ด้วยสายตา มีสภาพที่เห็นได้ชัดเจน แต่คำว่า “เข้าถึง” มีความแตกต่างออกไป โดยปกติแล้วการเข้าถึงในแง่ของคอมพิวเตอร์ไม่ใช่การเข้าถึงโดยทางกายภาพเหมือนเช่นการบุกรุกโดยทั่วไป การเข้าไปดูข้อมูลในคอมพิวเตอร์จึงไม่ใช่การบุกรุกตามประมวลกฎหมายอาญา[8]

ความหมายของการเข้าถึงคอมพิวเตอร์ เมื่อพิจารณาจากลักษณะของการเข้าถึงอาจแยกได้เป็น 2 กรณี ได้แก่ การเข้าถึงในความหมายอย่างแคบ เป็นการเจ้าไปโดยเทียบเคียงกับลักษณะของการบุกรุกในทางกายภาพ กล่าวคือมีการเข้าไปในคอมพิวเตอร์ เช่น การเข้าไปในระบบจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ เป็นการล่วงล้ำเข้าไปอย่างแท้จริงโดยเทียบกับการบุกรุกที่มีการเข้าถึงสถานที่นั้น อีกประการคือการเข้าถึงในความหมายอย่างกว้าง เป็นการเข้าถึงที่มีแนวคิดอ้างอิงกับการทำงานของคอมพิวเตอร์เป็นหลักโดยไม่ได้เน้นเทียบเคียงกับพฤติกรรมการบุกรุกในความเป็นจริง แต่มุ่งเน้นไปที่การทำงานของคอมพิวเตอร์ที่เกิดขึ้น โดยเห็นว่าการเข้าถึงนั้นคือการทำให้คอมพิวเตอร์ทำงาน หากทำให้คอมพิวเตอร์มีการตอบสนองกับคำสั่งที่ได้มีการสั่ง (input)[9]

---

[7] ภานุ รังสีสหัส, “การกระทำความผิดทางอาญาเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์,” (วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต สาขานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย,2533), หน้า 53.

[8] ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, คำอธิบายกฎหมายอาญาภาคความผิดและลหุโทษ, พิมพ์ครั้งที่ 2(กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน,2548), หน้า 215-223.

[9] พิญดา เลิศกิตติกุล, “พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 : ศึกษากรณีความรับผิดทางอาญาเกี่ยวกับการเข้าถึงระบบคอมพิวเตอร์และข้อมูลคอมพิวเตอร์,” หน้า 112.

เมื่อพิจารณาการหลีกเลี่ยงมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีโดยตรงกับการเข้าถึงข้อมูลคอมพิวเตอร์โดยพิจารณาจากนิยามของ “การเข้าถึง” ตามที่ได้กล่าวมาข้างต้นจะเห็นได้ว่าเมื่อมีการหลีกเลี่ยงมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีแล้วนั้น โดยในทางปฏิบัติย่อมจะต้องมีการเข้าถึงข้อมูลคอมพิวเตอร์ด้วย กล่าวคือเมื่อพิจารณาการเข้าถึงในความหมายอย่างกว้างทำให้การเข้าถึงคือการทำให้คอมพิวเตอร์ทำงาน หากทำให้คอมพิวเตอร์มีการตอบสนองกับคำสั่งที่ได้มีการสั่ง ทันทีที่มีการหลีกเลี่ยงมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีสิ่งที่ตามมาก็คือการเข้าถึงข้อมูลที่ได้รับการป้องกันโดยมาตรการนั้น แม้ว่าผู้ที่กระทำการหลีกเลี่ยงจะไม่ได้ทำสำเนาข้อมูลนั้นๆ ซึ่งย่อมไม่เป็นความผิดตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ แต่เป็นการทำให้ข้อมูลตอบสนองต่อการทำงาน เช่น การเปิดดูข้อมูล ดังนั้น การหลีกเลี่ยงมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีโดยตรงจึงมีผลเป็นการเข้าถึงข้อมูลคอมพิวเตอร์โดยมิชอบอันจะเป็นความผิดตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 ด้วยเหตุนี้ บทบัญญัติในมาตรา 7 ดังกล่าวข้างต้นซึ่งห้ามผู้ใดเข้าถึงข้อมูลคอมพิวเตอร์นั้นกล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ ห้ามมิให้ผู้ใดหลีกเลี่ยงมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีซึ่งเจ้าของลิขสิทธิ์มีไว้เพื่อป้องกันงานของตนนั่นเอง[10]

ประเด็นเรื่องชนิดของมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีที่กฎหมายให้ความคุ้มครองนั้นมาตรา 7 หมายถึงเฉพาะมาตรการป้องกันการเข้าถึง (access control) เท่านั้น การหลีกเลี่ยงมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีที่ป้องกันการทำซ้ำ (copy control) ไม่อยู่ในความคุ้มครองของมาตรา 7 ทั้งนี้เพราะพระราชบัญญัติฉบับนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อป้องกันและปราบปรามการกระทำใดๆ เพื่อล่วงรู้ข้อมูลของบุคคลอื่นในระบบคอมพิวเตอร์โดยไม่ชอบเท่านั้น[11]

นอกจากนี้ ประเด็นสำคัญที่ควรพิจารณาอีกประการคือมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีที่จะได้รับความคุ้มครองนั้นต้องเป็นมาตรการที่มีประสิทธิภาพด้วยหรือไม่ ในประเด็นนี้นักกฎหมายมีความเห็นว่ามาตรการที่ใช้ป้องกันการเข้าถึงต้องเป็นมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีที่มีประสิทธิภาพตามสมควรในการใช้ปกป้องข้อมูลจากการเข้าถึงของบุคคลอื่นที่ไม่ได้รับอนุญาต เพราะคำว่า “มาตรการป้องกันการเข้าถึงโดยเฉพาะ” น่าจะแสดงให้เห็นเจตนารมณ์ของกฎหมายว่าประสงค์จะใช้มาตรการนี้เพื่อกีดกันผู้อื่นในการเข้ามาล่วงรู้ข้อมูลของตนนั่นเอง หากเจ้าของลิขสิทธิ์ใช้มาตรการที่ไม่มีประสิทธิภาพ ไม่สามารถกีดกันบุคคลทั่วไปจาก

---

[10] อรพรรณ พนัสพัฒนา, “บทบาทของพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 ในการปกป้องงานอันมีลิขสิทธิ์,” วารสารกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ 67.

[11] เรื่องเดียวกันหน้า, หน้า 67.

การเข้าถึงได้ มาตรการนั้นย่อมไม่ถือเป็นมาตรการป้องกันการเข้าถึงโดยเฉพาะตามนัยของมาตรา 7 แต่อย่างใด[12]

กล่าวโดยสรุป การกระทำอันเป็นการหลีกเลี่ยงมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีโดยตรงในปัจจุบันเป็นความผิดตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 และพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 กล่าวคือ เมื่อมีการหลีกเลี่ยงมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีโดยตรงเกิดขึ้นจะเป็นความผิดตามมาตรา 7 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 เนื่องจากเป็นการเข้าถึงข้อมูลคอมพิวเตอร์โดยมิชอบ และหากต่อมามีการทำสำเนาข้อมูลนั้นด้วยจะเป็นความผิดตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 เนื่องจากเป็นการทำซ้ำโดยไม่ได้รับอนุญาต อย่างไรก็ตามกรณีดังกล่าวมีความเหมาะสมเพียงใดเป็นเรื่องที่จะพิจารณาในหัวข้อต่อไป

4.1.2 <u>กรณีการกระทำอันเป็นการตระเตรียมการเพื่อหลีกเลี่ยงมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยี</u>

การหลีกเลี่ยงมาตรการโดยการกระทำอันเป็นการตระเตรียมการ (preparatory activities)[13] หรือเรียกอีกอย่างหนึ่งว่าการจำหน่ายจ่ายโอนเครื่องมือที่ใช้ในการหลีกเลี่ยงมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยี (trafficking of circumventing device)[14] หมายถึง ผู้กระทำไม่ได้เป็นผู้ใช้เครื่องมือหรืออุปกรณ์ในการหลีกเลี่ยงเทคโนโลยีโดยตรง แต่เป็นผู้จำหน่าย มอบ หรือจัดหาเครื่องมือที่ใช้ในการหลีกเลี่ยงให้แก่บุคคลอื่น

---

[12] เรื่องเดียวกันหน้า, หน้า 71.

[13] Urs Gasser, **"Legal Frameworks and Technological Protection of Digital Content: Moving Forward Towards a Best Practice Model,"** in <u>Berkman center research publication No.2006-04</u>, (United Stetes: 2006), p.73.

[14] นันทน อินทนนท์, "การคุ้มครองลิขสิทธิ์ในยุคเทคโนโลยีสารสนเทศ," ใน <u>วารสารกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ</u> (2550): 193.

4.1.2.1 **พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ.** 2537

ดังได้กล่าวมาแล้วว่าการหลีกเลี่ยงมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีนั้นเป็นความผิดตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 หากการหลีกเลี่ยงมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีนั้นได้มีการทำซ้ำโดยไม่ได้รับอนุญาตตามมา ทั้งนี้ การหลีกเลี่ยงมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีในกรณีดังกล่าวจะต้องเป็นการหลีกเลี่ยงมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีโดยตรง

นอกจากการหลีกเลี่ยงมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีโดยตรงแล้ว ยังมีกรณีการจำหน่ายจ่ายโอน ผลิต จัดหา นำเข้า เครื่องมือในการหลีกเลี่ยงมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยี ซึ่งจัดเป็นการกระทำอันเป็นการหลีกเลี่ยงมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีประการหนึ่งกรณีดังกล่าวนี้ไม่อาจนำพระราชบัญญัติมาใช้ได้โดยตรงเนื่องจากจำหน่ายจ่ายโอน ผลิต จัดหา นำเข้า เครื่องมือในการหลีกเลี่ยงมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีนั้นไม่ใช่การกระทำอันเป็นการต้องห้ามตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ อย่างไรก็ตาม การกระทำดังกล่าวสามารถนำบทบัญญัติทางอาญามาปรับใช้ได้ โดยนำมาตรา 86 แห่งประมวลกฎหมายอาญามาปรับใช้ ดังนี้

ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 86 บัญญัติว่า “ผู้ใดกระทำการด้วยประการใดๆ อันเป็นการช่วยเหลือ หรือให้ความสะดวกในการที่ผู้อื่นกระทำความผิดก่อนหรือขณะกระทำความผิด แม้ผู้กระทำความผิดจะมิได้รู้ถึงการช่วยเหลือหรือให้ความสะดวกนั้นก็ตาม ผู้นั้นเป็นผู้สนับสนุนการกระทำความผิด ต้องระวางโทษสองในสามส่วนของโทษที่กำหนดไว้สำหรับความผิดที่สนับสนุนนั้น”

บทบัญญัติมาตรา 86 แห่งประมวลกฎหมายอาญาเป็นบทบัญญัติที่ลงโทษผู้กระทำความผิดฐานเป็นผู้สนับสนุนการกระทำความผิด เนื่องจากพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ซึ่งบัญญัติห้ามการละเมิดลิขสิทธิ์นั้นเป็นบทบัญญัติที่มีโทษทางอาญาพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์จึงเป็นกฎหมายอาญา และเมื่อบทบัญญัติมาตรา 86 แห่งประมวลกฎหมายอาญาเป็นบทบัญญัติทั่วไป จึงสามารถนำมาใช้บังคับกับพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ซึ่งเป็นกฎหมายอาญาได้ตราบที่ไม่มีกฎหมายในเรื่องนั้นบัญญัติไว้เป็นการเฉพาะ ดังนั้น มาตรา 86 สามารถนำมาปรับใช้กับการกระทำอันเป็นการตระเตรียมการเพื่อหลีกเลี่ยงมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีได้ เนื่องจากเป็นกรณีที่ไม่มีกฎหมายในเรื่องนั้นบัญญัติไว้เป็นการเฉพาะ ด้วยเหตุนี้ การจำหน่ายจ่ายโอน เครื่องมือที่ใช้ในการกลีกเลี่ยงมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีให้แก่บุคคลใดๆ และบุคคลนั้นได้ใช้เครื่องมือนั้นในการหลีกเลี่ยงมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีเพื่อทำซ้ำโดยไม่ได้รับอนุญาต ผู้ที่

จำหน่าย จ่ายโอน เครื่องมือดังกล่าวย่อมมีความผิดฐานเป็นผู้สนับสนุนการละเมิดลิขสิทธิ์ ทั้งนี้เป็นไปตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ประกอบมาตรา 86 แห่งประมวลกฎหมายอาญา

4.1.2.2 **พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ.** 2550

กรณีการกระทำอันเป็นการตระเตรียมการเพื่อหลีกเลี่ยงมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีนั้นกฎหมายอาญานั้นนอกจากพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 แล้วยังมีพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 โดยในมาตรา 13 แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว บัญญัติห้ามการจำหน่ายหรือเผยแพร่ชุดคำสั่งที่จัดทำขึ้นโดยเฉพาะซึ่งเทียบได้กับการห้ามการกระทำอันเป็นการตระเตรียมการเพื่อหลีกเลี่ยงมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยี ไว้ดังนี้

"ผู้ใดจำหน่ายหรือเผยแพร่ชุดคำสั่งที่จัดทำขึ้นโดยเฉพาะเพื่อนำไปใช้เป็นเครื่องมือในการกระทำความผิดตามมาตรา 5 มาตรา 6 มาตรา 7 มาตรา 8 มาตรา 9 มาตรา 10 หรือมาตรา 11 ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งปี หรือปรับไม่เกินสองหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ"

คำว่า "เผยแพร่" นั้น เป็นคำที่กว้างกว่า "จำหน่าย" หมายความรวมถึงการโฆษณา จ่าย แจก เป็นที่น่าสังเกตว่า "การมีไว้เพื่อจำหน่าย" ไม่เข้าองค์ประกอบความผิดในมาตรานี้ เนื่องจากลักษณะของสิ่งที่มีไว้ยากแก่การพิสูจน์ว่ามีไว้โดยเจตนาที่ชอบหรือไม่ชอบ ครั้นจะใช้หลักพิจารณาด้วยปริมาณของการมีไว้แบบยาเสพติดก็ทำไม่ได้เพราะชุดคำสั่งในลักษณะของโปรแกรมคอมพิวเตอร์ส่วนใหญ่เป็นข้อมูลดิจิตัล[15]

ชุดคำสั่งตามมาตรานี้อาจเป็นในรูปแบบของวัตถุ เช่น ดิสเกตต์ หรืออาจเป็นไฟล์ดิจิตัลก็ได้[16] นอกจากนี้ บทบัญญัติในข้อนี้ที่เกี่ยวข้องกับการกระทำอันเป็นการหลีกเลี่ยงมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีคือห้ามจำหน่ายหรือเผยแพร่ชุดคำสั่งที่จัดทำขึ้นโดยเฉพาะเพื่อนำไปใช้เป็นเครื่องมือในการกระทำความผิดตามมาตรา 7 กล่าวคือ เครื่องมือในการเข้าถึง

---

[15] พรเพชร วิชิตชลชัย, คำอธิบายพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550, หน้า 23.

[16] เรื่องเดียวกัน, หน้า 24.

ข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่มีมาตรการป้องกันการเข้าถึงโดยเฉพาะโดยมิชอบ ดังนั้น มาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีที่ได้รับความคุ้มครองตามมาตรานี้หมายถึงเฉพาะมาตรการป้องกันการเข้าถึงเท่านั้น ไม่รวมถึงมาตรการป้องกันการทำซ้ำ

ด้วยเหตุนี้อาจกล่าวได้ว่าในปัจจุบันกฎหมายอาญาของประเทศไทยให้ความคุ้มครองแก่มาตรการป้องกันทางเทคโนโลยี โดยให้ความคุ้มครองทั้งต่อมาตรการควบคุมการเข้าถึงและมาตรการควบคุมการทำซ้ำ กล่าวคือ กรณีมาตรการควบคุมการเข้าถึงนั้นห้ามทั้งการหลีกเลี่ยงมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีโดยตรงและห้ามการกระทำอันเป็นการตระเตรียมการ ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 ส่วนมาตรการควบคุมการทำซ้ำนั้นกฎหมายห้ามเฉพาะการหลีกเลี่ยงมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีโดยตรง กรณีการกระทำอันเป็นการตระเตรียมการจะต้องนำมาตรา 86 แห่งประมวลกฎหมายอาญามาปรับใช้ทั้งนี้เป็นไปตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 เพื่อให้เข้าใจอย่างชัดเจนผู้เขียนขอยกตัวอย่างดังต่อไปนี้

<u>ตัวอย่างที่ 1</u> นายพร้อม ประดิษฐ์อุปกรณ์ชนิดหนึ่งขึ้นมา อุปกรณ์ดังกล่าวทำหน้าที่ในการถอดรหัสเทคโนโลยีที่ใช้ป้องกันการทำสำเนาในแผ่นดีวีดี โดยนายพร้อมได้นำโปรแกรมนั้นออกจำหน่ายให้แก่นายมากผู้ซึ่งต้องการทำสำเนาดีวีดี แต่ตัวนายพร้อมเองไม่ได้ใช้โปรแกรมนั้นในการถอดรหัสแต่อย่างใด และต่อมานายมากได้ใช้โปรแกรมดังกล่าวนั้นถอดรหัสเทคโนโลยีป้องกันการทำสำเนาของดีวีดีและทำซ้ำดีวีดีโดยไม่ได้รับอนุญาต

<u>ตัวอย่างที่ 2</u> นายพร้าว ผลิตอุปกรณ์ชนิดหนึ่งขึ้นมา อุปกรณ์ดังกล่าวทำหน้าที่ในการถอดรหัสเทคโนโลยีที่ป้องกันไม่ให้บุคคลใดๆ สามารถเข้าดูดีวีดีนั้นในเครื่องที่ใช้ระบบปฏิบัติการลีนุกซ์ได้ โดยนายพร้าวได้นำอุปกรณ์นั้นออกจำหน่ายให้แก่นายมีผู้ซึ่งต้องการดูดีวีดีในเครื่องที่ใช้ระบบปฏิบัติการลีนุกซ์แต่ตัวนายพร้าวเองไม่ได้ใช้เทคโนโลยีดังกล่าวเพื่อดูดีวีดีนั้นเอง และต่อมานายมีไ/ด้ใช้โปรแกรมดังกล่าวถอดรหัสเทคโนโลยีป้องกันทำให้มายมีสามารถดูดีวีดีโดยเครื่องระบบปฏิบัติการลีนุกซ์ได้

จากตัวอย่างที่ 1 นายพร้อม ซึ่งประดิษฐ์อุปกรณ์ดังกล่าวทำหน้าที่ในการถอดรหัสเทคโนโลยีที่ใช้ป้องกันการทำสำเนาในแผ่นดีวีดี และได้นำโปรแกรมนั้นออกจำหน่ายโดยที่ตัวนายพร้อมเองไม่ได้ใช้อุปกรณ์นั้น เมื่อนายมากใช้อุปกรณ์นั้นในการทำซ้ำแผ่นดีวีดีนายมากย่อมมีความผิดตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ส่วนตัวนายพร้อมผู้ประดิษฐ์และจำหน่ายย่อมมี

ความผิดฐานเป็นผู้สนับสนับสนุนการกระทำอันเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ ต้องรับโทษสองในสามส่วนของโทษที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 แม้นายมากจะไม่รู้เลยก็ตามว่านายพร้อมเป็นผู้ประดิษฐ์ หรือจำหน่ายอุปกรณ์นั้น เนื่องจากผู้กระทำความผิดไม่จำเป็นต้องรู้ถึงการช่วยเหลือหรือให้ความสะดวกนั้น ทั้งนี้ เป็นไปตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ประกอบมาตรา 86 แห่งประมวลกฎหมายอาญา

ส่วนกรณีตามตัวอย่างที่ 2 เมื่อนายมีนำอุปกรณ์นั้นไปใช้ถอดรหัสโปรแกรมป้องกันการเข้าถึงในดีวีดีการกระทำของนายมีไม่เป็นความผิดตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ดังนั้นนายพร้าวไม่อาจมีความผิดฐานเป็นผู้สนับสนุนการกระทำอันเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ได้ เนื่องจากการกระทำของนายมีไม่เป็นความผิด แต่อย่างไรก็ตาม นายพร้าวจะมีความผิดตามมาตรา 13 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 รายละเอียดฐานความผิดในการหลีกเลี่ยงมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีตามกฎหมายไทยความดังจะได้แสดงในตารางดังต่อไปนี้

ตารางที่ 4.1 ตารางแสดงการกระทำอันเป็นการหลีกเลี่ยงมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีที่เป็นความผิดตามกฎหมายไทย

กฎหมายที่ให้ความคุ้มครอง	ความผิดในการหลีกเลี่ยงมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีตามกฎหมายอาญา			
	กรณีการหลีกเลี่ยงโดยตรง		กรณีการกระทำอันเป็นการตระเตรียมการ	
	ควบคุมการเข้าถึง	ควบคุมการทำซ้ำ	ควบคุมการเข้าถึง	ควบคุมการทำซ้ำ
พรบ.ลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537	-	✓	-	(ต้องนำมาตรา 86 แห่งประมวลกฎหมายอาญามาประกอบ)
พ.ร.บ. คอมพิวเตอร์ฯ	✓	-	✓	-

4.2 การบัญญัติความผิดในการหลีกเลี่ยงมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีเป็นความผิดตามกฎหมายไทย

ดังได้กล่าวมาแล้วว่ากฎหมายอาญาไทยในปัจจุบันให้ความคุ้มครองแก่การหลีกมาตรการควบคุมการเข้าถึงและมาตรการควบคุมการทำซ้ำ โดยกรณีมาตรการควบคุมการเข้าถึงนั้นห้ามทั้งการหลีกเลี่ยงมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีโดยตรงและห้ามการกระทำอันเป็นการตระเตรียมการ ส่วนมาตรการควบคุมการทำซ้ำนั้นกฎหมายห้ามเฉพาะการหลีกเลี่ยงมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีโดยตรง การตระเตรียมการเพื่อหลีกเลี่ยงมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีนั้นต้องใช้ประมวลกฎหมายอาญามาตรา 86 มาประกอบ อย่างไรก็ตาม แม้บทบัญญัติกฎหมายอาญาของไทยในปัจจุบันจะสามารถปรับใช้แก่การหลีกเลี่ยงมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีได้ แต่มีข้อที่ต้องพิจารณาถึงความเหมาะสมในบางประการดังต่อไปนี้

4.2.1 กรณีการหลีกเลี่ยงมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีโดยตรง

ดังได้อธิบายมาแล้วว่าปัจจุบันการหลีกเลี่ยงมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีนั้นเป็นความผิดตามกฎหมายอาญาของไทย กล่าวคือ การหลีกเลี่ยงมาตรการป้องกันการทำซ้ำนั้นจะเป็นความผิดฐานละเมิดลิขสิทธิ์ตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ส่วนการหลีกเลี่ยงมาตรการป้องกันการเข้าถึงนั้นเป็นความผิดผิดฐานเข้าถึงข้อมูลคอมพิวเตอร์โดยมิชอบตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 อย่างไรก็ตาม แม้จะสามารถนำบทบัญญัติที่มีอยู่มาปรับใช้แก่การกระทำดังกล่าวได้อาจมีข้อควรพิจารณาดังนี้

4.2.1.1 การหลีกเลี่ยงมาตรการป้องกันการทำซ้ำ

กรณีการหลีกเลี่ยงมาตรการป้องกันการทำซ้ำนั้น ดังได้อธิบายมาแล้วว่าแม้การกระทำอันเป็นการหลีกเลี่ยงมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีโดยตรงจะไม่อาจกล่าวได้ว่าเป็นการกระทำซ้ำตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ก็ตาม แต่เมื่อเกิดการหลีกเลี่ยงมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีที่ป้องกันการทำซ้ำและได้มีการทำซ้ำงานที่ได้รับการป้องกันนั้น ผู้กระทำย่อมมีความผิด

ตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 เนื่องจากการได้กระทำทำซ้ำโดยไม่ได้รับอนุญาต ดังนั้น การหลีกเลี่ยงมาตรการป้องกันการทำซ้ำจึงเป็นความผิดตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537

ประเด็นต่อมาที่ควรพิจารณาคือการนำพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์มาปรับใช้แก่การกระทำอันเป็นการหลีกเลี่ยงมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีนั้นเป็นการเหมาะสมหรือไม่ ในประเด็นนี้ผู้เขียนเห็นว่า พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มีเจตนารมณ์ก็เพื่อให้ความคุ้มครองแก่สิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์ อันได้แก่ (1) การทำซ้ำหรือดัดแปลง (2) เผยแพร่ต่อสาธารณะชน (3) ให้เช่าต้นฉบับหรือสำเนางานโปรแกรมคอมพิวเตอร์ โสตทัศนวัสดุ ภาพยนตร์ และสิ่งบันทึกเสียง (4) ให้ประโยชน์อันเกิดจากลิขสิทธิ์แก่ผู้อื่น และ (5) อนุญาตผู้อื่นใช้สิทธิตาม (1) (2) หรือ (3) ส่วนการให้ความคุ้มครองแก่มาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีนี้มีเหตุผลอันเนื่องมาจากต้องการให้ความคุ้มครองทางกฎหมายแก่เทคโนโลยีที่เจ้าของลิขสิทธิ์นำมาใช้ป้องกันการละเมิดลิขสิทธิ์แก่งานอันมีลิขสิทธิ์ของตน ดังนั้น การให้ความคุ้มครองแก่มาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีจึงมีวัตถุประสงค์เพื่อให้ความคุ้มครองแก่งานอันมีลิขสิทธิ์เช่นเดียวกัน ดังนั้น การนำบทบัญญัติตามพระราชบัญญัติดังกล่าวมาปรับใช้แก่การหลีกเลี่ยงมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีนั้นผู้เขียนจึงเห็นว่าเป็นการเหมาะสม และไม่จำเป็นต้องบัญญัติกฎหมายเพิ่มเติมในกรณีดังกล่าว

4.2.1.2 **กรณีการหลีกเลี่ยงมาตรการป้องกันการเข้าถึง**

ดังได้อธิบายในเบื้องต้นแล้วว่าการหลีกเลี่ยงมาตรการป้องกันเข้าถึงนั้นเป็นความผิดฐานเข้าถึงข้อมูลโดยมิชอบตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 กล่าวคือ เมื่อมีการหลีกเลี่ยงมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีแล้ว ในทางปฏิบัติย่อมจะต้องมีการเข้าถึงข้อมูลคอมพิวเตอร์ด้วย โดยเป็นการทำให้ข้อมูลตอบสนองต่อการทำงาน เช่น การเปิดดูข้อมูล แม้จะไม่ได้มีการทำสำเนาข้อมูลดังกล่าวนั้นเลยก็ตาม ดังนั้น จึงมีผู้ให้ความเห็นว่า ไม่จำเป็นต้องบัญญัติฐานความผิดขึ้นมาใหม่เพราะการกระทำดังกล่าวเป็นความผิดตามกฎหมายไทยอยู่แล้ว

ในประเด็นดังกล่าวนี้ผู้เขียนเห็นว่าควรจะต้องพิจารณาถึงวัตถุประสงค์ของกฎหมายทั้งสองฉบับ ได้แก่ พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 และพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550

จากหลักการและเหตุผลในการร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 จะเห็นได้ว่ามีวัตถุประสงค์หลักคือเพื่อป้องกันและปราบปรามการกระทำความผิดต่อข้อมูลและระบบคอมพิวเตอร์ซึ่งส่งผลกระทบต่อสังคมเศรษฐกิจและความมั่นคงของรัฐ

ความผิดในการเข้าถึงโดยมิชอบตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 นั้นเป็นการกระทำความผิดเกี่ยวกับการรักษาความลับความครบถ้วน และการทำงานของระบบคอมพิวเตอร์และข้อมูลคอมพิวเตอร์ จึงถือเป็นการกระทำที่คุกคามหรือเป็นอันตรายต่อความปลอดภัยของระบบคอมพิวเตอร์และข้อมูลคอมพิวเตอร์ เมื่อไม่มีระบบความปลอดภัยก็จะส่งผลกระทบต่อความครบถ้วนการรักษาความลับ และความพร้อมหรือเสถียรภาพในการใช้งานของระบบคอมพิวเตอร์และข้อมูลคอมพิวเตอร์[17]

วัตถุประสงค์ดังกล่าวเน้นในเรื่องความปลอดภัยของระบบคอมพิวเตอร์และข้อมูลคอมพิวเตอร์ซึ่งแตกต่างจากการให้ความคุ้มครองแก่มาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีที่มีวัตถุประสงค์เพื่อให้ความคุ้มครองแก่งานอันมีลิขสิทธิ์ ดังนั้น จึงอาจไม่เหมาะสมหากนำมาปรับใช้กับการหลีกเลี่ยงมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีซึ่งมีวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองงานอันมีลิขสิทธิ์ด้วยเหตุนี้ ดังเช่น กรณีข้อมูลที่จะได้รับความคุ้มครอง พบว่าตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 นั้นให้ความคุ้มครองแก่ “ข้อมูลคอมพิวเตอร์” ซึ่งหมายความรวมถึง “ข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์” ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2544 ซึ่งจากนิยามความหมายของข้อมูลที่ได้รับความคุ้มครองจึงหมายถึงข้อมูลในรูปแบบ “ข้อมูลดิจิตัล” เท่านั้นกรณี “ข้อมูลอนาล็อก” จึงไม่อาจจัดเป็นข้อมูลที่จะได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายดังกล่าวได้ ตรงกันข้ามวัตถุประสงค์ของการให้ความคุ้มครองแก่มาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีนั้นก็เพื่อให้ความคุ้มครองแก่งานอันมีลิขสิทธิ์ ดังนั้น แม้ข้อมูลที่ได้รับการป้องกันจะไม่ใช่ ”ข้อมูลดิจิตัล” แต่หากข้อมูลนั้นเป็นงานอันมีลิขสิทธิ์และได้รับการป้องกันโดยมาตรการทางเทคโนโลยีแล้ว ย่อมจะได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย ดังจะเห็นได้จากการตีความของศาลในต่างประเทศซึ่งถือว่ามาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีที่ใช้ป้องกันการทำสำเนาโดยไม่ได้รับอนุญาตในระบบวิดีเทปแบบอนาล็อกได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายด้วย

---

[17] ศูนย์อิเล็กทรอนิกส์และคอมพิวเตอร์แห่งชาติ, “แนวทางการจัดทำกฎหมายอาชญากรรมทางคอมพิวเตอร์,” [Online] แหล่งที่มา: http://www.lawreform.go.th/lawreform/index.[13 เมษายน 2552]

4.2.2 การกระทำอันเป็นการตระเตรียมการเพื่อหลีกเลี่ยงมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยี

นอกจากหลีกเลี่ยงมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีโดยตรงแล้ว การกระทำที่ต้องพิจารณาอีกประการหนึ่งคือการกระทำอันเป็นการตระเตรียมการเพื่อหลีกเลี่ยงมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยี ซึ่งดังได้กล่าวมาแล้วว่าเป็นความผิดตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 และพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 ดังต่อไปนี้

4.2.2.1 การกระทำอันเป็นการตระเตรียมการเพื่อหลีกเลี่ยงมาตรการควบคุมการทำซ้ำ

ดังได้อธิบายมาแล้วว่าการกระทำอันเป็นการตระเตรียมการเพื่อหลีกเลี่ยงมาตรการป้องกันการทำซ้ำนั้นไม่เป็นความผิดตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 เนื่องจากการจำหน่าย จ่ายโอน ไม่ใช่การกระทำที่ต้องห้ามตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ อย่างไรก็ตาม กรณีดังกล่าวนี้หากนำมาประกอบกับมาตรา 86 แห่งประมวลกฎหมายอาญา ซึ่งบัญญัติว่า “ผู้ใดกระทำการด้วยประการใดๆ อันเป็นการช่วยเหลือ หรือให้ความสะดวกในการที่ผู้อื่นกระทำความผิดก่อนหรือขณะกระทำความผิด แม้ผู้กระทำความผิดจะมิได้รู้ถึงการช่วยเหลือหรือให้ความสะดวกนั้นก็ตาม ผู้นั้นเป็นผู้สนับสนุนการกระทำความผิด ต้องระวางโทษสองในสามส่วนของโทษที่กำหนดไว้สำหรับความผิดที่สนับสนุนนั้น” ผู้กระทำย่อมจะมีความผิดฐานเป็นผู้สนับสนุนให้กระทำการหลีกเลี่ยงมาตรการป้องกันการทำซ้ำ

อย่างไรก็ตาม กรณีดังกล่าวนี้ผู้เขียนมีความเห็นว่าควรบัญญัติเป็นความผิดขึ้นมาใหม่ แทนการใช้บทบัญญัติกฎหมายมาตรา 86 ในฐานะกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่ง ทั้งนี้เพราะการจะใช้กฎหมายในกรณีดังกล่าวนี้ควรจะใช้เมื่อไม่มีบัญญัติเฉพาะที่นำมาใช้ได้ ซึ่งในปัจจุบันประเทศไทยยังไม่มีบทบัญญัติเฉพาะดังกล่าว แต่ในอนาคตเมื่อจะต้องบัญญัติองค์ประกอบความผิดขึ้นมาใหม่ในกรณีอื่นๆ แล้ว เช่น การหลีกเลี่ยงมาตรการป้องกันการเข้าถึง ก็สมควรจะบัญญัติเพิ่มเติมให้การกระทำดังกล่าวเป็นความผิดด้วย

4.2.2.2 การกระทำอันเป็นการตระเตรียมการเพื่อหลีกเลี่ยงมาตรการควบคุมการเข้าถึง

มาตรา 13 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 ซึ่งบัญญัติว่า "ผู้ใดจำหน่ายหรือเผยแพร่ชุดคำสั่งที่จัดทำขึ้นโดยเฉพาะเพื่อนำไปใช้เป็นเครื่องมือในการกระทำความผิดตามมาตรา 5 มาตรา 6 มาตรา 7 มาตรา 8 มาตรา 9 มาตรา 10 หรือมาตรา 11 ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งปี หรือปรับไม่เกินสองหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ"

การจำหน่ายหรือเผยแพร่ ซึ่งหมายความรวมถึงการโฆษณา จ่าย แจก ชุดคำสั่งนั้นเป็นการกระทำอันเป็นการตระเตรียมการเพื่อหลีกเลี่ยงมาตรการป้องกันการเข้าถึงเท่านั้น ไม่หมายความรวมถึงมาตรการป้องกันการทำซ้ำเพราะเจตนารมณ์ของพระราชบัญญัติเพื่อป้องกันการเข้าถึงข้อมูลและระบบคอมพิวเตอร์ ดังนั้น การกระทำอันเป็นการตระเตรียมการเพื่อหลีกเลี่ยงมาตรการป้องกันการเข้าถึงเป็นความผิดฐานจำหน่ายชุดคำสั่งที่จัดทำขึ้นเพื่อนำไปใช้เป็นเครื่องมือในการกระทำความผิดตามมาตรานี้

อย่างไรก็ตาม ผู้เขียนเห็นว่าการนำพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 มาปรับใช้แก่การหลีกเลี่ยงมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีในกรณีดังกล่าวนี้ไม่เหมาะสม เนื่องจาก เหตุผลเช่นเดียวกันกับการหลีกเลี่ยงมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีโดยตรงกล่าวคือ วัตถุประสงค์ของพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 เน้นในเรื่องความปลอดภัยของระบบคอมพิวเตอร์และข้อมูลคอมพิวเตอร์ซึ่งแตกต่างจากการให้ความคุ้มครองแก่มาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีที่มีวัตถุประสงค์เพื่อให้ความคุ้มครองแก่งานอันมีลิขสิทธิ์ ดังนั้น จึงอาจไม่เหมาะสมหากนำมาปรับใช้กับการหลีกเลี่ยงมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีซึ่งมีวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองงานอันมีลิขสิทธิ์ด้วยเหตุนี้ ดังนั้น ในกรณีดังกล่าวจึงสมควรบัญญัติเป็นความผิดขึ้นมาใหม่

4.2.3 องค์ประกอบอื่นที่ควรบัญญัติไว้ในกฎหมายไทย

นอกจากประเด็นในเรื่องการหลีกเลี่ยงมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีรูปแบบใดที่ควรบัญญัติเป็นองค์ประกอบความผิดขึ้นมาใหม่แล้ว ยังมีประเด็นอื่นๆ ในองค์ประกอบของกฎหมายที่ควรพิจารณาหากจะต้องบัญญัติองค์ประกอบความผิดขึ้นมาใหม่ดังต่อไปนี้

4.2.3.1 มาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีที่มีประสิทธิภาพ

กฎหมายแต่ละประเทศบัญญัติเกี่ยวกับความมีประสิทธิภาพไว้แตกต่างกัน โดยอาจสรุปได้เป็นสามแนวทาง ได้แก่ (1) แนวทางที่หนึ่ง มาตรการทางเทคโนโลยีที่ได้รับความคุ้มครองต้องเป็นมาตรการทางเทคโนโลยีที่มีประสิทธิภาพ แต่ไม่ได้บัญญัติความหมายไว้ (2) แนวทางที่สอง ไม่กำหนดเงื่อนไขว่ามาตรการทางเทคโนโลยีต้องเป็นมาตรการที่มีประสิทธิภาพ และ (3) แนวทางที่สาม มาตรการทางเทคโนโลยีที่ได้รับความคุ้มครองต้องเป็นมาตรการทางเทคโนโลยีที่มีประสิทธิภาพ และกำหนดความหมายของมาตรการทางเทคโนโลยีที่มีประสิทธิภาพ

สำหรับแนวทางที่เหมาะสมของประเทศไทยนั้นเห็นว่ากฎหมายไทยควรให้ความคุ้มครองแก่มาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีที่มีประสิทธิภาพเท่านั้น ทั้งนี้เพราะ การบัญญัติกฎหมายไม่กำหนดเงื่อนไขว่ามาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีที่จะได้รับความคุ้มครองต้องเป็นมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีที่มีประสิทธิภาพนั้นส่งผลให้มาตรการทางเทคโนโลยีทุกชนิดได้รับความคุ้มครอง รวมทั้งมาตรการทางเทคโนโลยีที่ไม่มีประสิทธิภาพด้วย ส่งผลให้ผู้หลีกเลี่ยงมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีโดยบังเอิญหรือไม่เจตนามีความผิด อย่างไรก็ตามเห็นว่าไม่ควรบัญญัติความหมายของความมีประสิทธิภาพเนื่องจากความมีประสิทธิภาพนั้นสามารถเปลี่ยนแปลงได้ มาตรการป้องกันทางที่มีประสิทธิภาพในปัจจุบัน อาจกลายเป็นมาตรการทางเทคโนโลยีที่ด้อยประสิทธิภาพได้ในอนาคต จึงควรปล่อยให้สามารถตีความได้

4.2.3.2 **การให้ความคุ้มครองมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีที่ป้องกันการละเมิดลิขสิทธิ์**

กฎหมายของประเทศต่างๆ ที่ให้ความคุ้มครองแก่มาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีนั้นสามารถจำแนกได้เป็น 3 กลุ่ม คือ (1) กลุ่มแรกให้ความคุ้มครองแก่มาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีที่นำมาใช้ป้องกันงานอันมีลิขสิทธิ์ (2) กลุ่มที่สอง ให้ความคุ้มครองแก่มาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีที่ใช้เพื่อป้องกันการกระทำอันเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ (3) กลุ่มที่สามไม่จำกัดว่าต้องเป็นมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีที่นำมาใช้ป้องกันงานอันมีลิขสิทธิ์หรือป้องกันการกระทำอันเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์

เห็นว่าประเทศไทยควรบัญญัติให้ความคุ้มครองแก่มาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีเฉพาะที่นำมาใช้ป้องกันงานอันมีลิขสิทธิ์และใช้เพื่อป้องกันการกระทำที่เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์เท่านั้น เพื่อป้องกันไม่ให้เป็นการขยายขอบเขตสิทธิ์ของเจ้าของลิขสิทธิ์ออกไป โดยประเทศไทยควรให้น้ำหนักแก่การป้องกันการละเมิดลิขสิทธิ์มากกว่าการส่งเสริมการทำธุรกรรม หรือการแพร่กระจายของข้อมูลข่าวสารทั้งนี้เพราะประเทศไทยเป็นประเทศที่รับเทคโนโลยีมากกว่าเป็นผู้ผลิตคิดค้น การขยายขอบเขตของการคุ้มครองมากเกินไปอาจมีผลเป็นการจำกัดทางการค้าซึ่งจะเป็นผลเสียแก่ประเทศ

4.2.3.3 **การกระทำอันเป็นการหลีกเลี่ยงมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีที่ต้องห้ามตามกฎหมาย**

กำหนดให้การกระทำเช่นใดเป็นความในการหลีกเลี่ยงมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีของประเทศต่างๆ นั้น อาจแบ่งได้เป็นสามแนวทาง ได้แก่ (1) แนวทางแรกคือกำหนดให้เฉพาะการกระทำอันเป็นการหลีกเลี่ยงมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีโดยตรงเท่านั้นที่ต้องห้ามตามกฎหมาย (2) แนวทางที่สองคือกำหนดให้เฉพาะการกระทำอันเป็นการตระเตรียมการเพื่อหลีกเลี่ยงมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีเท่านั้นที่ต้องห้ามตามกฎหมาย และ (3) แนวทางที่สามกำหนดให้ทั้งการกระทำอันเป็นการหลีกเลี่ยงมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีโดยตรงและการตระเตรียมการเพื่อหลีกเลี่ยงมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีที่ต้องห้ามตามกฎหมาย

แนวทางที่ประเทศไทยน่าจะดำเนินการตามคือแนวทางที่ (3) ซึ่งกำหนดให้ทั้งการกระทำอันเป็นการหลีกเลี่ยงมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีโดยตรงและการ

ตระเตรียมการเพื่อหลีกเลี่ยงมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีที่ต้องห้ามตามกฎหมาย ทั้งนี้เพื่อให้สามารถบังคับใช้กฎหมายกับทั้งผู้กระทำการหลีกเลี่ยงโดยตรง และผู้ผลิต นำเข้า จำหน่าย จัดหาให้บริการซึ่งมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีได้ อย่างไรก็ตาม ในกรณีการหลีกเลี่ยงมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีโดยตรงนั้นให้บัญญัติห้ามเฉพาะกรณีมาตรการควบคุมการเข้าถึงเนื่องจากการหลีกเลี่ยงมาตรการป้องกันการทำซ้ำเป็นความผิดตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 อยู่แล้ว ส่วนกรณีการการตระเตรียมการเพื่อหลีกเลี่ยงมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีที่ต้องห้ามตามกฎหมายนั้นเห็นควรบัญญัติห้ามทั้งมาตรการป้องกันการเข้าถึงและมาตรการป้องกันการทำซ้ำ

4.2.3.4 บทบัญญัติกฎหมายที่ควรบัญญัติฐานความผิดในการหลีกเลี่ยงมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยี

บทบัญญัติว่าด้วยการกระทำอันเป็นการหลีกเลี่ยงมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีนั้นเป็นบทบัญญัติที่มีวัตถุประสงค์เพื่อให้ความคุ้มครองแก่มาตรการป้องกันทางเทคโนโลยี เนื่องจากต้องการให้ความคุ้มครองแก่มาตรการทางเทคโนโลยีที่ไม่ได้เป็นบทบัญญัติในเรื่องลิขสิทธิ์โดยตรง ดังนั้น ผู้เขียนเห็นว่าควรนำหลักการนี้บรรจุไว้ในพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 เพื่อแสดงถึงว่าการให้ความคุ้มครองต่อมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีนี้นั้นเคารพต่อหลักการของพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ ซึ่งสอดคล้องกับประเด็นที่ว่าควรให้ความคุ้มครองแก่มาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีเฉพาะที่นำมาใช้ป้องกันการละเมิดลิขสิทธิ์เท่านั้น อีกทั้งยังสอดคล้องกับประเด็นที่ว่าไม่จำเป็นต้องบัญญัติการกระทำความผิดอันเป็นการหลีกเลี่ยงมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีที่ควบคุมการทำซ้ำโดยตรงเนื่องจากการกระทำดังกล่าวเป็นความผิดตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์อยู่แล้วนั่นเอง นอกจากนี้การบัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ยังทำให้สามารถนำข้อยกเว้นตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ที่ทำให้การกระทำไม่เป็นความผิดมาใช้แก่กรณีการหลีกเลี่ยงมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีได้อีกด้วย

บทที่ 5
บทสรุปและข้อเสนอแนะ

5.1 บทสรุป

เทคโนโลยีป้องกันการละเมิดลิขสิทธิ์หรือชื่อเรียกที่รู้จักกันดีคือ มาตรการป้องกันทางเทคโนโลยี (technological protection measures) เป็นมาตรการที่มีมานานและได้ถูกนำมาใช้เพื่อให้ความคุ้มครองแก่งานอันมีลิขสิทธิ์ก่อนที่งานอันมีลิขสิทธิ์จะได้รับการคุ้มครองโดยกฎหมายเสียอีก ในยุคแรกมาตรการที่นำมาใช้อาจมีลักษณะไม่ซับซ้อนเนื่องจากความเจริญก้าวทางวิทยาการยังไม่มากนัก

ต่อมาเมื่อวิทยาการในด้านต่างๆ เจริญก้าวหน้า รูปแบบงานที่มนุษย์คิดค้นมีความซับซ้อนยิ่งขึ้น และด้วยความเจริญก้าวหน้านี้เองที่ทำให้การละเมิดลิขสิทธิ์เกิดขึ้นได้โดยง่าย เช่น การทำสำเนางานเพียงแค่ใช้นิ้วกดปุ่มก็สามารถผลิตสำเนาได้เป็นจำนวนมหาศาล เมื่อการละเมิดลิขสิทธิ์เกิดขึ้นได้โดยง่ายเช่นนี้เจ้าของลิขสิทธิ์จึงต้องแสวงหาเทคโนโลยีที่ดีที่สุดนำมาใช้เพื่อป้องกันการละเมิด มาตรการเทคโนโลยีมากมายจึงได้ถูกคิดค้นขึ้น ในบรรดามาตรการทางเทคโนโลยีหลากหลายดังกล่าวนั้นอาจจำแนกได้เป็นสองประเภทได้แก่ (1) มาตรการป้องกันการเข้าถึง (access control) ซึ่งเป็นมาตรการที่หลีกเลี่ยงบุคคลใดๆ จากการดู อ่าน ฟัง หรือการได้รับงานอันมีลิขสิทธิ์โดยไม่ได้รับความยินยอมจากผู้ถือสิทธิ และ (2) มาตรการป้องกันการทำซ้ำ (copy control) ซึ่งเป็นมาตรการที่ยินยอมให้มีการเข้าถึงงานได้ แต่จะกำหนดเงื่อนไขในการใช้ เช่น เทคโนโลยีมา โควิชั่น (Macrovision) ที่ทำให้สำเนางานที่ผลิตโดยไม่ได้รับอนุญาตมีคุณภาพต่ำกว่าต้นฉบับ

อย่างไรก็ตาม เนื่องจากความก้าวหน้าทางเทคโนโลยีอีกเช่นกันทำให้ในทันทีที่มีการคิดค้นเทคโนโลยีเพื่อป้องกันการละเมิดลิขสิทธิ์ จะมีผู้ใช้เทคโนโลยีในการทำลายหรือลัดเทคโนโลยีป้องกันนั้นเพื่อให้สามารถเข้าถึงหรือใช้งานอันมีลิขสิทธิ์ที่ได้รับการป้องกันนั้นๆ ได้ การกระทำดังกล่าวเรียกว่า “การหลีกเลี่ยง (circumvention)” มาตรการป้องกันทางเทคโนโลยี ทั้งนี้ ลักษณะของการกระทำอันเป็นการหลีกเลี่ยงมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีนั้นสามารถจำแนกได้เป็นสองประการคือ (1) การหลีกเลี่ยงมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีโดยตรง (direct act of circumvention) ซึ่งหมายถึงการกระทำที่ผู้กระทำเป็นผู้ใช้เครื่องมือหรืออุปกรณ์ในการทำลายหรือ

ลัดมาตรการทางเทคโนโลยีนั้น และ (2) การกระทำอันเป็นการตระเตรียมการเพื่อหลีกเลี่ยงมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยี (preparatory activities) ซึ่งไม่ได้เป็นการใช้เครื่องมือหรืออุปกรณ์ในการหลีกเลี่ยง แต่เป็นผู้ผลิต จำหน่าย นำเข้า จัดหา เผยแพร่ หรือให้บริการเครื่องมือหรืออุปกรณ์ในการหลีกเลี่ยงมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยี

การหลีกเลี่ยงมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีดำเนินไปอย่างแพร่หลาย จนเกิดแนวคิดที่ต้องการให้มาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีได้รับความคุ้มครองทางกฎหมายจึงเกิดมีขึ้น โดยมีการเสนอกฎหมายที่ความคุ้มครองแก่มาตรการป้องกันทางเทคโนโลยี กฎหมายดังกล่าวนำมาใช้เพื่อป้องกันการหลีกเลี่ยงมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยี ดังนั้นจึงถูกเรียกว่า “กฎหมายต่อต้านการหลีกเลี่ยงมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยี (Anti-Circumvention Measures)

ปัจจุบันประเทศต่างๆ ได้รับเอาหลักการในการให้ความคุ้มครองแก่มาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีโดยได้กำหนดฐานความผิดในการหลีกเลี่ยงมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีขึ้นมาใหม่ แต่แม้หลายประเทศจะยอมรับในหลักการของการให้ความคุ้มครองแก่มาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีไว้เช่นเดียวกัน แต่กฎหมายที่บัญญัติขึ้นของบรรดาประเทศต่างๆ เหล่านั้นมีแนวทางแตกต่างกัน ทั้งนี้ ขึ้นอยู่กับแนวคิดในการให้ความคุ้มครองแก่งานอันมีลิขสิทธิ์ ระบบเศรษฐกิจ ตลอดจนความก้าวหน้าทางวิทยาการของแต่ละประเทศ ดังเช่นสหรัฐอเมริกา เป็นประเทศที่ให้ความสำคัญกับระบบการค้าเสรี สหรัฐให้ความคุ้มครองแก่มาตรการทางเทคโนโลยีในระดับสูงมาก จนมีผลเป็นการขยายขอบเขตในสิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์ ทั้งนี้เพราะมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีส่งเสริมให้เกิดการแพร่กระจาย ขณะเดียวกันในหลายประเทศแม้จะรับเอาหลักการในการให้ความคุ้มครองแก่มาตรการทางเทคโนโลยี แต่ประเทศเหล่านั้นยังเคารพหลักการของกฎหมายลิขสิทธิ์โดยการบัญญัติให้ความคุ้มครองแก่มาตรการทางเทคโนโลยีที่ป้องกันหรือขัดขวางการกระทำอันเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์

กรณีของประเทศไทยนั้น ปัจจุบันยังไม่มีบทบัญญัติที่มีวัตถุประสงค์โดยตรงในการป้องกันการกระทำอันเป็นการหลีกเลี่ยงมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีเหมือนดังเช่นในต่างประเทศ อย่างไรก็ตาม บทบัญญัติที่สามารถนำมาปรับใช้แก่เมื่อเกิดการกระทำอันเป็นการหลีกเลี่ยงมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยี ได้แก่ พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 และพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 ซึ่งจากการศึกษาวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ทั้งหมดนำไปสู่ข้อเสนอแนะที่ผู้เขียนจะได้กล่าวถึงต่อไป

5.2 ข้อเสนอแนะ

เมื่อพิจารณาถึงเนื้อหาสาระในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้โดยละเอียดแล้วผู้เขียนมีข้อเสนอแนะดังต่อไปนี้

1. ประเทศไทยควรจะต้องบัญญัติฐานความผิดในการหลีกเลี่ยงมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีขึ้นมาใหม่ แม้ว่าบทบัญญัติตามกฎหมายอาญาของไทยในปัจจุบันอันได้แก่ พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 และพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 เมื่อเกิดการกระทำความผิดดังกล่าวขึ้น ทั้งนี้เพราะพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ.2537 และพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 ไม่ครอบคลุมการกระทำอันเป็นการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีในทุกกรณี กล่าวคือ พระราชบัญญัติปรับใช้ได้กับกรณีการหลีกเลี่ยงมาตรการป้องกันการทำซ้ำ เนื่องจากการหลีกเลี่ยงมาตรการป้องกันการทำซ้ำนั้นโดยทั่วไปจะต้องมีการทำซ้ำโดยไม่ได้รับอนุญาตซึ่งเป็นความผิดตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 อยู่แล้วในตัวเอง ส่วนกรณีการหลีกเลี่ยงมาตรการป้องกันการเข้าถึงจะเป็นความผิดฐานเข้าถึงข้อมูลคอมพิวเตอร์โดยไม่ชอบตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 แต่เนื่องจากพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ ไม่ใช่กฎหมายที่มีวัตถุประสงค์ในการให้ความคุ้มครองลิขสิทธิ์ ดังนั้น กรณีข้อมูลที่ไม่มีลักษณะเป็นข้อมูลคอมพิวเตอร์ตามพระราชบัญญัติดังกล่าว ซึ่งได้แก่ ข้อมูลในรูปแบบอนาล็อก โดยข้อมูลดังกล่าวนั้นมีการนำมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีมาใช้เพื่อป้องกันการละเมิดลิขสิทธิ์ และได้มีการหลีกเลี่ยงมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีขึ้นผู้กระทำย่อมไม่มีความผิด ด้วยเหตุนี้ ผู้เขียนจึงมีข้อเสนอแนะว่าควรบัญญัติฐานความผิดในการหลีกเลี่ยงมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีขึ้นใหม่ โดยบัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 เนื่องจากวัตถุประสงค์ของการบัญญัติฐานความผิดในการหลีกเลี่ยงมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีนั้นมีเพื่อป้องกันการกระทำอันเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์

2. ผู้เขียนขอเสนอแนะแนวทางในการบัญญัติฐานความผิดในการหลีกเลี่ยงมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีดังต่อไปนี้

2.1 ควรบัญญัติกฎหมายโดยกำหนดให้การหลีกเลี่ยงมาตรการป้องกันการเข้าถึงและการจำหน่ายจ่ายโอน ผลิต นำเข้า เผยแพร่ เครื่องมือหรืออุปกรณ์ที่ใช้หลีกเลี่ยงมาตรการป้องกันการทำซ้ำและมาตรการป้องกันการเข้าถึงเป็นความผิด ส่วนกรณีการหลีกเลี่ยงมาตรการ

ป้องกันการทำซ้ำนั้น ไม่จำเป็นต้องบัญญัติเป็นฐานความผิดขึ้นใหม่เนื่องจากการกระทำดังกล่าวเป็นความผิดตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 อยู่แล้ว

2.2 ต้องบัญญัติไว้ในกฎหมายว่ามาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีที่จะได้รับความคุ้มครองนั้นจะต้องเป็นมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีที่มีประสิทธิภาพ เพื่อป้องกันไม่ให้เกิดกรณีการหลีกเลี่ยงมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีโดยไม่เจตนา หรือมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีที่เสื่อมคุณภาพ แต่ทั้งนี้ไม่ควรกำหนดนิยามของ “ความมีประสิทธิภาพ” ไว้ ควรปล่อยให้ศาลเป็นผู้ตีความถ้อยคำดังกล่าว เนื่องจากความมีประสิทธิภาพนั้นอาจเปลี่ยนแปลงได้ มาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีที่มีประสิทธิภาพในยุคหนึ่ง อาจกลายเป็นมาตรการทางเทคโนโลยีที่ล้าสมัยและไม่มีประสิทธิได้

2.3 ต้องกำหนดไว้ในกฎหมายว่ามาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีที่จะได้รับความคุ้มครองนั้นจะต้องเป็นมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีที่นำมาใช้เพื่อป้องกันการกระทำอันเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ ทั้งนี้ เพื่อป้องกันกรณีมีการนำมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีมาใช้ป้องกันงานอันไม่มีลิขสิทธิ์ เช่น นำมาใช้กับงานสาธารณะ หรืองานที่หมดอายุความคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์แล้ว

2.4 กำหนดให้การหลีกเลี่ยงมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีที่กระทำในลักษณะเชิงพาณิชย์ขนาดใหญ่ เช่น กระทำในลักษณะเป็นโรงงานผลิต หรือทำเป็นธุรกิจ เป็นความผิดอันไม่สามารถยอมความได้ เนื่องจากตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 นั้น การละเมิดลิขสิทธิ์ในทุกมาตราเป็นความผิดอันยอมความได้ การบัญญัติกฎหมายในลักษณะดังกล่าวก่อให้เกิดปัญหาในการบังคับใช้กฎหมายลิขสิทธิ์เพราะจะก่อให้เกิดแนวทางปฏิบัติที่นิยมกระทำกันคือ ใช้เรื่องการยอมความเป็นข้อต่อรองกับผู้กระทำความผิดเพื่อเรียกค่าเสียหายในทางแพ่ง จนถึงกรณีการซื้อขายใบมอบอำนาจจากเจ้าของลิขสิทธิ์เพื่อหารายได้จากการต่อรองเอาค่ายอมความจากผู้กระทำความผิด

3. จากข้อเสนอแนะดังกล่าวข้างต้น นำไปสู่ข้อเสนอแนะในการบัญญัติถ้อยคำของบทบัญญัติว่าด้วยการหลีกเลี่ยงมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยี โดยผู้เขียนขอเสนอแนะให้บัญญัติฐานความผิดในการหลีกเลี่ยงมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีโดยใช้ถ้อยคำดังต่อไปนี้

3.1 <u>บทนิยามของมาตรการทางเทคโนโลยี</u> ควรบัญญัตินิยามของ “มาตรการทางเทคโนโลยี” ว่าหมายถึง เทคโนโลยี อุปกรณ์ หรือส่วนประกอบ ซึ่งในทางการใช้งานโดยปกติได้ถูก

ออกแบบมาเพื่อป้องกันการกระทำอันเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์”

3.2 ห้ามการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีโดยตรง โดยบัญญัติว่า “ห้ามมิให้มีการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีที่มีประสิทธิภาพซึ่งควบคุมการเข้าถึงและเป็นมาตรการที่ในทางการใช้งานโดยปกติได้ถูกออกแบบมาเพื่อป้องกันการกระทำอันเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์

3.3 ห้ามการกระทำอันเป็นการตระเตรียมการ โดยบัญญัติว่า “ห้ามมิให้ผลิต นำเข้า จำหน่าย เสนอต่อสาธารณชน จัดหา หรือค้า โดยวิธีอื่นใด หรือการเสนอบริการต่อสาธารณชน หรือจัดให้บริการซึ่งอุปกรณ์ ผลิตภัณฑ์ หรือส่วนประกอบ ดังต่อไปนี้

- มีการส่งเสริมการขาย โฆษณา หรือทำการตลาด เพื่อวัตถุประสงค์ในการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยี

- มีวัตถุประสงค์สำคัญทางการค้า หรือการใช้เพื่อหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีโดยเฉพาะ

- ถูกออกแบบ ผลิต หรือมีหน้าที่ เพื่อวัตถุประสงค์หลักในการช่วยให้เกิดหรืออำนวยความสะดวกในการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยี”

รายการอ้างอิง

ภาษาไทย

กรุงเทพธุรกิจ. กรมทรัพย์สินทางปัญญาเร่งปรับปรุง พ.ร.บ. ลิขสิทธิ์[Online]. เน็คเทค, 2546. แหล่งที่มา: http://www.nectec.or.th/bid/hotissue_IPlaw.htm[27 กุมภาพันธ์ 2551]

กอบชัย ชูโต. ประสิทธิภาพในการบังคับใช้โทษอาญาตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์. วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต, สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. 2546.

คณะวิชาการ. ประมวลกฎหมายอาญา. 2,000 เล่ม, พิมพ์ครั้งที่ 1. กรุงเทพมหานคร: 2548.

จักรกฤษณ์ ควรพจน์. กฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยลิขสิทธิ์ สิทธิบัตร และเครื่องหมายการค้า. พิมพ์ครั้งที่ 3. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2545.

จักรกฤษณ์ ควรพจน์. ข้อตกลงเขตการค้าเสรีไทย-สหรัฐอเมริกา: ปัญหาว่าด้วนทริปผนวก. กรุงเทพมหานคร : 2547.

จักรกฤษณ์ ควรพจน์ และนันทน อินทนนท์. ลิขสิทธิ์ยุคเทคโนโลยีดิจิตอล มาตรการทางเทคโนโลยีและทางเลือกสำหรับประเทศไทย. พิมพ์ครั้งที่ 1. กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2550.

จักรกฤษณ์ แร่ทอง. ความรู้เบื้องต้นของการเข้ารหัสข้อมูล[Online]. เน็กส์โปรเจ็คด็อทเน็ต. แหล่งที่มา: http://www.nextproject.net/contents/[2009,Feb 2]

ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ. กฎหมายอาญา:หลักและปัญหา. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2544.

ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ. คำอธิบายกฎหมายอาญาภาคความผิดและลหุโทษ. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2548.

เทียนชัย ปิ่นวิเศษ. พระราชบัญญัติการผลิตผลิตภัณฑ์ซีดี พ.ศ. 2548. วารสารกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ (2548) : 42-43.

ธัชชัย ศุภผลศิริ. กฎหมายลิขสิทธิ์. พิมพ์ครั้งที่ 3. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2544.

นันทน อินทนนท์. การคุ้มครองลิขสิทธิ์ในยุคเทคโนโลยีสารสนเทศ. วารสารกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ (2550) : 167-196.

นันทน อินทนนท์. ประเด็นด้านทรัพย์สินทางปัญญาในความตกลงการค้าเสรี: บทวิเคราะห์ผลกระทบบางประการต่อประเทศไทย.ใน ทรัพย์สินทางปัญญาในยุคโลกาภิวัตน์,142-175. กรุงเทพมหานคร. 2547.

พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537

พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550

พรเพชร วิชิตชลชัย. คำอธิบายพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550. พิมพ์ครั้งที่ 1. กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์ดอกเบี้ย, 2550.

พิญดา เลิศกิตติกุล. พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 : ศึกษากรณีความรับผิดทางอาญาเกี่ยวกับการเข้าถึงระบบคอมพิวเตอร์และข้อมูลคอมพิวเตอร์. วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต, สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. 2550.

พิเศษ จียาศักดิ์. กฎหมายลิขสิทธิ์ช่วยคนต่างชาติมากกว่าคนไทย. ศาลยุติธรรมปริทัศน์ 1, 9 (กันยายน-ธันวาคม 2549) : 106-113.

เพียงเพ็ญ บุตรกตัญญู. ข้อบทด้านทรัพย์สินทางปัญญาในความตกลงการค้าเสรีระหว่างสหรัฐกับประเทศต่างๆ. Thai IP Corner Newsletter 1, 3 (กันยายน – ธันวาคม 2548): 16-17.

ภานุ รังสีสหัส. การกระความผิดทางอาญาเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์. วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต , สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. 2533.

ศูนย์อิเล็กทรอนิกส์และคอมพิวเตอร์แห่งชาติ. แนวทางการจัดทำกฎหมายอาชญากรรมทางคอมพิวเตอร์[Online]. แหล่งที่มา: http://www.lawreform.go.th/lawreform/index[13 เมษายน 2552]

สมพร สมุทรคุณ. โทษอาญาฐานละเมิดลิขสิทธิ์. วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต, สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. 2539.

อนุช อาภาภิรมย์. เศรษฐกิจใต้ดิน: การงอกงามใต้ร่มเงาโลกาภิวัตน์. มติชนสุดสัปดาห์ 24 (พฤศจิกายน 2546): 29-30.

อรพรรณ พนัสพัฒนา. บทบาทของพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 ในการปกป้องงานอันมีลิขสิทธิ์. วารสารกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ (2550) : 38-73.

ภาษาอังกฤษ

Consolidated Act No.164 on Copyright 2003.[Online] Available from: http:// cyber.law.harvard.edu/media/eucd_materials

Directive 96/9/EC of the European Parliament and of the Council of 11 March 1996 on the Legal Protection of Databases. [Online] Available from: http:// eur-lex.europa.eu/LexUriServe/LexUriServe.do?uri=CELEX:31996L0009:EN:HTML

June M. Besek. Anti-circumvention laws and copyright: A report from the Kerenochan center for law, media and the arts. Columbia Journal of Law and the Arts (2004): 1-146.

Michael Girsberger and Urs Gasser. Transposing the copyright directive: Legal protection of technological measures in EU-member states. in Berkman Working Paper No.2004-10, pp.1-31. 2004.

The Copyright Amendment (Digital Agenda) Act 2000

The Copyright, Designs, and Patents Act of 1988

The Digital Millennium Copyright Act 1998.[Online] Available from: http://cyber.law.harvard.edu/media/eucd_materials

The German Copyright Act of September 9, 1965, amended on September 10, 2003.[Online] Available from: http://cyber.law.harvard.edu/media/eucd_materials

Urs Gasser. Legal frameworks and technological protection of Digital content: Moving towards a best practice model.in Berkman Center Research Publication No.2006-04, pp. 41-112. 2006.

U.S. Copyrights Office.The digital millennium copyright act of 1998: U.S. copyright office summary[Online].1998.Availablefrom:http://www.copyright.gov/legislation/dmca.pdf[2008,June 10]

U.S. Department Justice United States Attorney Eastern District of California. Digital millennium copyright act cases [Online]. Available from: http://www.usdog.gov[2008, May 2]

Yijun Tian. Problem of anti-circumvention rules in the DMCA & more heterogeneous solution. Fordham Intellectual Property, Media and Entertainment Law Journal (2005): 749-788.

ประวัติผู้เขียนวิทยานิพนธ์

นางสาวชมเพลิน ภุชฌงค์ เกิดวันที่ 27 กันยายน พ.ศ. 2524 ที่อำเภอเมือง จังหวัดนครนายก สำเร็จการศึกษาปริญญาตรีนิติศาสตรบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย เกียรตินิยมอันดับสอง ในปีการศึกษา 2547 และเข้าศึกษาต่อในหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย เมื่อ พ.ศ. 2548